TRATADO DE DIREITO Privado

Pontes de Miranda

ATUALIZADO POR

Vilson Rodrigues Alves

Em conformidade com o Código Civil de 2002

BOOKSELLER

Parte Especial

Direito das Coisas: Posse.

Tábua Sistemática das Matérias

Parte 1

Conceito, natureza e espécies de posse

Capítulo 1

Conceito e Natureza da Posse

§ 1.059. *Posse e mundo Jático.* 1. Mundo tático e mundo juridico. 2. Posse, relação fática. 3. Posições falsas da questão. 4.Sistemática da posse. 5. *Quieta non inovem. 6.* Se a posse entra no mundo juridico como ato-fato ou como fato

§ 1.060. *Posse e detençâo* (as *teorias em torno do* direito *romano),* 1. Os dois conceitos. 2. Deficiência conceptual do direito romano. 3. A posse na Glosa. 4. Pós-glosadores. 5.A partir do século XVI. 6. A teoria savignvana. 7. A teoria da posse no século XX. 8. A teoria de R. von Jhering. 9.Posse e causa possessionis. 10. Após R. von Jhering

§ 1.061. *Posse e detençân,* no *direito* de *agora.* 1. Conceitos de hoje. 2. Tença, detenção e posse

§ 1.062. *Corpus.* 1. Relação topolôgica. 2. Atitudes metafisicas

§ 1063. Animus e corpus no *sistema jurídico romano.* 1.Os dois conceitos. 2. Solução do problema

§ 1.064. *Poder* fático. 1. Propriedade da denominação.2.Conceito de posse plena. 3. Posse Graduada. 4. Cessação do *corpus.* 5. Concepção kantiana da posse. 6. Diferença entre a concepção contemporânea e a concepção romana da posse. 7. Consequências da teoria contemporânea da posse. 8. Possuidor imediato e servidor da posse. 9. Exsurgimento do conceito de posse mediata. 10. Posse e exercicio do direito

§ 1.065. Causa *possession is.* 1. Relação possessória. 2. Mudança da causa. 3. *Nemo* si *bi ipse causam possessionis mutare potest.* 4. Relação a respeito da coisa, e não com a coisa. 5. Primeira causa da posse

§ 1.066. *Posse, fato jurídico.* 1. Entrada da posse no mundo jurídico. 2. Elementos históricos na concepção hodierna.

3. Posse, fato jurídico

§ 1.067. *Conceito de posse* no *Código Civil.* 1. Posse poder fático, e fato jurídico da posse. 2. Natureza da posse.

3. Definição legal. 4. Emprego da palavra posse. 5. Irradiação de eficácia do fato jurídico *stricto sensu.* 6. *Ius possidendi* e *ius possessianis*

§ 1.068. *Objeto da posse.* 1. Suporte fático e objeto. 2. Posse de coisas incorpóreas. 3. Posse de partes integrantes não-essenciais. 4. Extensão da posse

§ 1.069. *Servidor da* posse. 1. Servidor da posse serve, não possui. 2. Relação entre o possuidor e o servidor da posse. 3. Técnica legislativa sobre serviço da posse. 4. Regra sobre posse. 5. Autotutela do possuidor e serviço da posse. 6. A tença ou detenção sem posse e as leis

§ 1.070. *Posse geradora de propriedade.* 1. Conceito de aquisição pela posse de boa-fé. 2. Usucapião. 3. Direito e ação publicianos

Capítulo II

Espécies e Caráter da Posse

§ 1.071. *Posse imediata e posse mediata.* 1. Conceitos de posse imediata e de posse mediata. 2. Pluralidade possível de posses mediatas. 3. Unicidade da posse imediata. 4. Fontes da mediatização. 5. Posse mediata também é poder fático. 6.Possuidores e não-possuidores. 7. Posse da coisa perdida e achada por outrem. 8. Tomada da coisa sem entrega

230

§ 1.072. *Pretensões à entrega e posse imediata.* 1. Conceito de pretensão à entrega. 2. Pretensão à entrega, efeito de mediatização

§ 1.073. *Posse do locatário e do sublocatário.* 1. Direito romano. 2. Direito germânico. 3. Recepção 241

§ 1.074. *Composse.* 1. Posse só e composse. 2. Composse simples e composse de mão-comum. 3. Partes indivisas e posse

253

§ 1.075. *Posse em partes de coisa.* 1. Partes divisas. 2. Proteção possessória

§ 1.076. *Servidões e posse.* 1. Posse das servidões. 2. Posse e exercício de direito de servidão 256

§ 1.077. *Posse justa e posse injusta.* 1. Conceitos de justidade. 2. Violência. 3. Clandestinidade. 4. Precariedade.

258

5. Posse injusta e tutela possessória. 6. Relatividade do vicio. 7. Viciosidade da posse

§ 1.078. *Posse de boa-fé e posse de má-fé.* 1. Dicotomia. 2. Critérios propostos (ético e psicológico). 3. Conhecimento e culpa. 4. Comunicação de conhecimento. 5. Prova da boa-fé. 6. Regras juridicas sobre posse de boa-fé. 7. Perda do caráter de posse de boa-fé

261

§ 1.079. *Posse própria.* 1. Posse própria e posse em nome alheio ou, melhor, posse não-própria. 2. Precisões conceptuais. 3. Terminologia. 4. Representante legal e posse; órgão e posse. 5. Empreitante e empreiteiro. 6. A regra jurídica do Código Civil, art. 498

275

Parte II

Aquisição e perda da posse

279

Capítulo 1

284

Aquisição da Posse

286

§ 1.080. *Modos de aquisiçâo da posse.* 1. Modos de aquisição. 2. Crítica à enumeração

§ 1.081. *Apreensâo da coisa (Código Civil, art. 493, 1).* 1. Aquisição pela apreensão da coisa (art. 493, 1, V parte).

2. Animais e apreensão. 3. Posse do que perdeu a coisa. 4. Permissão de tomar posse da coisa. 5. Momento da aquisi ção da posse, se houve violência ou clandestinidade. 6. Coisas achadas

§ 1.082. *Posse e exercício de direito (art. 493, 1, 2ª parte).* 1.Exercício do direito. 2. Titular do exercício do direito.

3.

Posse sem direito à posse

§ 1.083. *Posse segundo* o *art. 493, II.* 1. Ato de disposição. 2. Posse

imediata

§ 1.084. *Tradição.* 1. Entrega da posse. 2. *Traditio simples.* 3. *Brevi manu traditio. 4. Longa manu traditio.* 5.

Sucessão na posse. 6. Conteúdo do conceito de *brevis manus.* 7. Abstração do *corpus:* tradição *brevi manu.* 8. O art.

493, parágrafo único, do Código Civil. 9. Falha do acordo e aquisição da posse. 10. Acordo de transferencia

§ 1.085. *Cessão da pretensão à entrega (art. 493, III).* 1.

Pretensão à entrega. 2. Cessão da pretensão à entrega

não é cessão de crédito. 3. Estipulação a favor de terceiro. 4.Cessão da pretensão á entrega e estipulação a favor de terceiro. 5. Conteúdo do art. 493, III

§ 1.086. *Forma do acordo de transmissão.* 1. Aformalidade. 2. *Lex specialis*

§ 1.087. *Incapacidade e posse.* 1. Absolutamente incapaz.

2.Tradição *brevi manu.* 3. Tradição *longa manu. 4.* Constituto possessório. 5. Cessão de pretensão à entrega. 6. Incidência do art. 493, parágrafo único

§ 1.088. *A não-validade dos acordos e os vícios.* 1. Viciosidade. 2. Tradição simples. 3. Tradição *brevi manu. 4.* Tradição *longa manu.* 5. Constituto possessorio

§ 1.089. *Aquisição da posse per subiectam personam.* 1. *Subiecta persona.* 2. Espécies

§ 1.090. *Aquisição da posse pelo representante ou pelo procurador (art. 494, II).* 1. Representação. 2. Código Civil, art. 494, II. 3. Explicitação acertada. 4. Servidor da posse *e* aquisição da posse. 5. Orgão da pessoa jurídica e aquisição da posse. 6. Remessa ou expedição e posse. 7. Estradas de ferro *e* correios

§ 1.091. *Constituto possessório.* 1. Conceito. 2. Constituto possessório, ato de disposição. 3. Teoria do Código Civil.

4. Evolução conceptual do constituto possessório. 5. Abstraçâo e constituto possessório. 6. Constituinte que somente tem a posse mediata. 7. Condicionalidade e atenuação. 8. Garantia de créditos

§ 1.092. *Aquisição ex* lege *da posse.* 1. Mundo fático e mundo jurídico. 2. Posse do herdeiro. 3. Posse do chefe da sociedade conjugal. 4. Posse de quem exerce múnus público

§ 1.093. *Sucessão na posse.* 1. Sucessão a causa de morte. 2. Sucessão entre vivos

§ 1.094. *Transmissão* ipso iure *da posse.* 1. Conteúdo dos arts. 1.572 e 495. 2. Legatários

§ 1.095. *Continuação da posse.* 1. Transmissão, continuação *e* união das posses. 2. Continuação da posse

§ 1.096. *Problemas relativos à aquisição da posse.* 1. Posse e servidão. 2. Interpretação do Código Civil, art. 509.

3.

No art. 509 do Código Civil não se nega a posse. 4. Aquisição de posse não-própria. 5. Caráter da posse e sua conservação. 6. Posse *e* medidas de penhora *e* de constrição. 7. Comprador *a non domino* **Capítulo II**

Perda da Posse

§ 1.097. *Modos de perda da posse.* 1. O erro de Paulo. 2. Posse imediata *e* posse mediata

§ 1.098. *Alcance do art. 520, lI e I-III.* 1. Perda do poder fático. 2. Conteúdo do art. 520

§ 1.099. *Perda da posse imediata.* 1. Expressão infeliz do Código Civil, art. 520, parágrafo único. 2. Causa e posse

§ 1.100. *Perda da posse pelo ausente.* 1. Conteúdo do art. 522. 2. Direito anterior. 3. Perda da posse através do servidor da posse. 4. Perda da posse das servidões

§ 1.101. *Perda da posse por abandono (Código Civil, art. 520, 1).* 1. Perda da posse. 2. *Deiectus* e abandonante.

3. Atitude do Código Civil

§ 1.102. *Perda da posse pela tradição (Código Civil, art. 520, II).* 1. Conceito. 2. Cessão da pretensão á entrega.

3. Perda da posse para outro possuidor ou tenedor

§ 1.103. *Perda da coisa (Código Civil, art. 520, III,* 1ª *parte).* 1. Perda e posse. 2. Perda da coisa *e* posse mediata

§ 1.104. *Destruição da* coisa *(Código Civil, art. 520, III, 2ª parte).* 1. Perecimento da coisa. 2. Especificação. 3.

Uniões *e* posse

§ 1.105. *Extracomercialidade superveniente (Código Civil, art. 520, III 3ª parte).* 1. Extracomercialidade e posse.

2.

Posse mediata e posse imediata

§ 1.106. *Perda pela tomada da posse por outrem (Código Civil, art. 520, IV*. 1. Conteúdo do art. 520,1V, do Código Civil. 2. Perda da posse pelo ausente. 3. Ausência *e* aban *dono. 4.* Se o esbulhado possui.

§ 1.107. *Perda e constituto possessório (Código Civil, art.520, V*). 1. Constituto possessório e o que com ele se Negocialidade do constituto possessório.

§ 1.108. *Posse não-própria.* 1. Posse e tempo. 2. Explicitação

§ 1.109. *Paz pública.* 1. Princípio do *status quo.* 2. O Código Civil, art. 505, 2ª parte. 3. Importância da tutela da posse

§ 1.110. *Possuidor e emprego da força.* 1. Principio da não-violência. 2. Conteúdo do Código Civil, art. 502

§ 1.111. *Tutela jurídica da posse.* 1. Fundamento da tutela jurídica da posse. 2. Quando há ofensa à posse. 3. Esbulho *e* turbação; vontade pré-excludente. 4. Estado de necessida *de* e ofensa à posse. 5. Ofensor que tem posse

§ 1.112. *Posse que se protege e objeto da posse.* 1. Coisas corpóreas e coisas incorpóreas. 2. Coisas fora do comércio.

3. Proteção possessória e posse mediata

§ 1.113. *Posse que se protege e contra quem se protege.* 1. Pessoas físicas *e* pessoas jurídicas. 2. Atos estatais. 3. Posse e atos judiciais. 4. Posse, pré-contrato *e* contrato

§ 1.114. *Tutela jurídica da compasse.* 1. Compasse e proteção possessória. 2. Contra quem é exercível a proteção possessoria

Capítulo 11

Turbação e Esbulho

§ 1.115. *Pretensões à tutela possessória.* 1. Pretensão por turbação. 2. Pretensão por esbulho. 3. Pluralidade de turbadores. 4. Proteção possessória *e* prazo de ano *e* dia. 5. Sucessão entre vivos e vicio da posse

§ 1.116. *Proteção da posse mediata.* 1. Possuidor mediato *e* proteção possessória. 2. Defesa própria da posse mediata.

3. Ofensa à posse imediata com repercussão na posse mediata

§ 1.117. *Possessorium e petitorium.* 1. Alegação de domínio. 2. Cognição incompleta na ação possessória quanto àalegação de domínio. 3. Sentença *in petitorio. 4.* Posse não-própria e exceção de domínio. 5. Dúvida sobre a posse, não quanto ao domínio

§ 1.118. *Contestação à alegação do esbulho.* 1. O que o réu pode alegar. 2. Consentimento na tomada da posse.

3. Eficácia da sentença de reintegração. 4. Casuística da turbação. 5. Casuística do esbulho

§ 1.119. *Ação de esbulho contra terceiro.* 1. Ação de esbulho contra o terceiro *(actio spolii).* 2. Terceiro

§ 1.120. *O art. 505, 2ª parte, não é exceção à regra* Spoliatus ante omnia restituendus. 1. A chamada exceção de domínio *e* reintegração. 2. Direito anterior. 3. O direito de agora. 4. Limitação de meios de prova (Código Civil, art.

505, 2ª parte). 5. Eficácia da decisão. 6. Alegação de domínio e imissão na posse. 7. O art. 505, 2ª parte, e a posse não-própria

Capítulo III

Legítima Defesa e Justiça de Mão Própria

§ 1.121. *Legítima defesa da posse.* 1. Defesa fática da posse permitida

em direito. 2. Legitima defesa da posse e justiça de mão própria. 3. Retirada da contrariedade a direito

§ 1.122. *Direito de justiça de ?não própria.* 1. Direito à tutela jurídica própria. 2. Esbulho e justiça de mão própria.

§ 1.123. *Medidas permitidas.* 1. Atos que se permitem, em legítima defesa, *e* autotutela. 2. Circunstâncias

§ 1.124. *Limitação temporal à justiça de mão própria.* 1. Limite no tempo. 2. Recuperação da rosse e tutela estatal

§ 1.125. *Posse mediata, legítima defesa e justiça de mão própria.* 1. Posse imediata e defesa própria. 2. *De lege ferenda.* 3. *De lege lata*

Capítulo IV

Pretensão à Indenização

§ 1.126. *Indenização pela turbação ou esbulho (art. 503).* 1. Responsabilidade pelo ilícito. 2. Ações cumuladas de esbulho ou de turbação e de indenização

§ 1.127. *Indenização pela culpa (arts, 159 e 160).* 1. Responsabilidade fundada na culpa. 2. Eficácia da sentença sobre não ter havido culpa

§ 1.128. *Possuidor responsável.* 1. Código Civil, art. 503 e arts. 510-519. 2. Ato ilícito *e* posse. 3. Papel dos arts. 510-519 do Código Civil. 4. Possuidor de boa-fé *e* benfeitorias. 5.Ação ou só exceção por direito à indenização?

Capítulo V

Posse e Frutos da Coisa

§ 1.129. *Frutos da coisa possuida.* 1. Problema técnico da distribuição dos frutos. 2. Entrega dos frutos e prestação do valor deles. 3. Mora do possuidor de má-fé. 4. Possuidor a que cessa a boa-fé. 5. Tomada da posse por ato ilícito.

6. Frutos pendentes ao tempo em que cessa a boa-fé. 7. Código Civil, arts. 510-519

§ 1.130. *Indenizações pelo possuidor.* 1. Generalidades sobre a indenização pelo possuidor. 2. Citação *e* boa-fé; litispendência. 3. Possuidor de má-fé. 4. Possuidor em nome alheio (= possuidor não-próprio)

§ 1.131. *Concorrência de pretensões.* 1. Pretensões indenizatórias. 2. Pretensões derivadas de negócios jurídicos

§ 1.132. *Natureza das pretensões.* 1. Pretensões reais. 2. Quanto a frutos. 3. Posse e ato ilícito absoluto **Capítulo VI**

Vindícação da Posse

§ 1.133. *Natureza da pretensão e da ação do Código Civil, art. 521.* 1. Pretensão e ação vindicatória da posse.

2. Ação petitória da posse, a do art. 521 do Código Civil. 3. Natureza da ação do art. 521 do Código Civil. 4. Posse imediata e posse mediata. 5. Fim da tutela vindicatória da posse

§ 1.134. *Legitimação à pretensão e ação do Código Civil, art. 521.* 1. Legitimação ativa. 2. Posse imediata *e* posse mediata. 3. Legitimação passiva. *4. lus possessionis* e *ius possidendi.* 5. Perda da posse e ação de vindicação da posse.

6. Jurisprudência em torno do Código Civil, art. 521. 7.Mercado. 8. Petitoriedade da ação e prescrição **Capítulo VII**

Processualístíca da Posse

§ 1.135. *Conceito de posse e tutela da posse.* 1. Posse *e* tutela da posse. 2. Posse imediata e posse mediata. 3. Medidas constritivas e posse

§ 1.136. *Tutela da posse e remédios possessórios.* 1. Origem dos interditos. 2. *Interdicta retinendae possessionis.*

3.

Reintegração. 4. Força nova *e* força velha

§ 1.137. *Juízo dúplice.* 1. Se há duplicidade da ação de manutenção; *actio duplex.* 2. Exceção de posse viciosa

§ 1.138. *Remédios processuais e posse.* 1. Mandado de segurança e ação possessória. 2. Ação de demarcação *e* posse.

3. Confusão de limites. 4. Justificação administrativa da posse

Capítulo VIII

Processo das Ações Sumárías de Turbação e de Esbulho

§ 1.139. *Eficácia das duas ações possessórias.* 1. Natureza das duas ações segundo a eficácia. 2. Elemento condenató-

rio. 3. Cognição incompleta. 4. Legitimação ativa. 5. Servidor da posse, legitimado passivo. 6. Composse *e* defesa 465

§ 1.140. *Postulação e prova.* 1. Alegação e prova. 2. O fato do réu. 3. Data da ofensa. 4. Só se mantém, segundo os princípios, quem tem posse. 5. Esbulho *e* posse perdida. 6. Justificação prévia. 7. *Inaudita altera parte.* 8. Posse de menos de ano *e* dia. 9. Posse de mais de ano e dia

§ 1.141. *Preclusão e prescrição.* 1. Sumariedade e ordinariedade. 2. Em torno do Código Civil, art. 523. 3. Exercício da ação de força nova

§ 1.142. *Terminação e continuação do procedimento.* 1. Decisão liminar. 2. Citação. 3. Cominação de pena

§ 1.143. *Incidentes e acidentes processuais.* 1. Erro de classificação da ação. 2. Ordinariedade eventual. 3. Completamento da cognição. 4. Composse e processo. 5. Conteúdo do Código Civil, art. 500

§ 1.144. *Indenização de perdas e danos.* 1. Indenização e liquidação. 2. Eficácia da sentença

§ 1.145. *Elementos eventuais da sentença.* 1. *Se* o reintegrado é, afinal, vencido. 2. Sentença contrária, para todas as partes. 3. Novo esbulho ou turbação. 4. Honorários de advogado

Capítulo IX

Seqüestro da Posse

§ 1.146. *Direito anterior.* 1. Direito anterior 2. Generalização da medida cautelar

§ 1.147. *O seqüestro no Código Civil, art. 507, parágrafo único, 2ª parte,* in fine. 1. Conteúdo da regra juridica.

2. Sequestro da posse por outro fundamento. 3. Intervenção, embargos de terceiro e seqüestro. 4. Sequestro da posse *e* posse

§ 1.148. *Caução e seqüestro por inidaneidade financeira.* 1. Caução. 2. Sequestro *e* caução. 3. Seqüestro convenciona!

§ 1.149. *Fraude de execução.* 1. Ações possessórias *e* fraude de

execução. 2. Alienação ineficaz **Capítulo X**

Interdito Proibitório

§ 1.150. *Direito romano e direito posterior.* 1. Preceito de abstenção. 2. Objeto do interditq proibitório

§ 1.151. *Texto legal.* 1. Direito material ao interdito proibitório. 2. Condenação implícita

§ 1.152. *Pressupostos.* 1. Ação de força iminente. 2. Receio

§ Processualística. 1. Autuação *e* mandado. 2. Contestação .3. Não-contestação. 4. Comparência sem contes-Contestação sem comparência

Capítulo XI

Ação de Imissão na Posse

§ 1.154. *Petitório e possessório.* 1. Conceito da ação de imissão na posse. 2. No direito anterior *e* no de agora

§ 1.155. *A imissão na posse e os outros institutos.* 1. Comparação com os interditos possessórios. 2. Conteúdo do art.

381 do Código de Processo Civil de 1939. 3. Natureza da ação

§ 1.156. *Legitimação ativa.* 1 Adquirentes de bens, sem posse. 2. Administradores. 3. Mandatário..

§ 1.157. *Procedimento imissivo.* 1. Propositura. 2. Alternativa. 3. Perdas *e* danos. 4. Liquidação de perdas *e* danos na execução. 5. Conteúdo do art. 382, parágrafo único, do Código de Processo Civil de 1939. 6. Cursotrdinário. 7.

Terceiro e imissão na posse. 8. Alegação de ineficácia do titulo. 9.Exceções, inclusive de retenção. 10. Imissão na tença..

LIVRO III

DIREITO DAS COISAS

TITULO I

POSSE

Capítulo 1

Conceito e Natureza da Posse

§ 1.059. Posse e mundo tático

1. *Mundo Jático e mundo jurídico.* No assunto da posse, que éo deste Tomo X, a diferença entre o mundo fático e o mundo jurídico passa a ser da máxima importância. E o climax da discussão, porque em nenhuma outra matéria se torna mais nítida a coloração de parte do mundo fático, que do resto dele se separa, fazendo o mundo jurídico. Esse mundo é que dá entrada aos suportes fáticos, *juridicizando-os.* O fato é juridico quando nele entra; antes de entrar, não no é; se nunca entra, nunca virá a ser fato jurídico. De dentro do mundo jurídico estão as pessoas. includ sive o Estado, atentas ao mundo fático, porque dele vêm fatos que se juridicizam, sem que tal atitude contemplativa possa elevar a jurídico qualquer fato *antes* da entrada no mundo jurídico.

Posse não é direito, como revogação não é. Quem revoga está no mundo fático *e no* mundo tático opera: retirando a *voz,* que criou o ato jurídico, torna insuficiente o suporte tático, e o ato jurídico esbarronda-se. Quem toma posse do terreno sem qualquer oposição está no mundo fático, e mantém-se no mundo fático: se alguém vem a opor-se, as duas atitudes — que são no mundo fático — interessam ao direito como elementos fáticos que *podem ter* ligações com o mundo jurídico, ou vir a ser elementos de suporte tático suficientes à incidência de alguma regra jurídica. Dai uma como abertura de podas *à res facti.*

2. *Posse, relação fática.* A posse é relação fática entre a pessoa que possui *e o alter,* a comunidade. Há relações fáticas. de tença, que nao são entre a pessoa *e* o *alter,* por *serem,* por exemplo, entre o leão e qualquer ente que poderia opor-se à sua posse da caverna, ou entre o jaguar *e* a serpente, no seu canto de mata. Mas essas relações fáticas não são tidas como possessórias, porque — já no mundo fático — o pensamento humano selecionou relações inter-humanas e relações entre homens e animais, ou entre animais. O possuidor da fazenda possui, embora onças, que vagueiem pela mata *e* pelas estradas, lhe

vedem, completamente, *exercer* a posse. Porque a relação entre homem *e* animal não cancela a relação entre homens, entre o possuidor e a comunidade. A despeito de não poder o homem exercer a posse contra os animais bravios, a posse persiste como relação tática entre homens. Possui-se o rio invadeável e cheio de jacarés.

Possui-se o abismo para cujo acesso faltam quaisquer meios ao possuidor. Possui-se o lago que se não pode atravessar, nem, sequer, explorar a margem. Quando a técnica jurídica distinguiu a posse e a detenção, ou a posse e a tença, pôs-se no mundo fático, somente chamando posse à relação inter-humana que pode, eventualmente, entrar no mundo jurídico e ser tutelada pelo direito. Sem esses esclarecimentos, sem essas precisões, cairíamos em equívocos, que durante séculos se exploraram, *e* vitimaram grandes espíritos. O que interessa à tutela da posse é ser a ptsse relação tática, inter-humana, ainda que o conteúdo dessa relação nem sempre seja o mesmo *e* a própria extensão da posse varie de povo a povo, ou de século a século. Um dos equívocos foi, como temos de mostrar, o equí *voco* do *anirnus possidendi,* com que se subjetivou a relação fática, objetiva, se bem que inter-humana, da posse. Tal equívoco não se desfaz quando se insinua que há de ger concreto, imanente ao *corpus.* Para se medir a importância da atitude do Código Civil brasileiro, basta pensar-se em que ele abstraiu — isto é, não reputou elemento necessál-io — tanto do *animus* quanto *do corpus,* restituida, assim, ao conceito de posse a sua originária pureza, anterior à milenar infiltração metafísica. Com isso, não houve retrocesso; porque se deu tal restituição como se volta, em qualquer ciência, a resultados intuitivos, ou experienciais, após o desbastamento de raciocínios *e* logomaquias detormantes, mercê *de* pesquisas *e* conclusões rigorosamente indutivas. A comparação entre a lucidez do Código Civil, nos arts. 485-523, e a fonte de dúvidas que são os arts. 1.140-1.172 do Código Civil italiano, com o seu apego à teoria subjetivista, serve de uma como preparação à justa apreciação do que no Brasil se conseguiu em 1916, sem alardes e simplesmente.

A posse é estado de tato, em que acontece *poder, e* não necessariamente ato de poder. A relação possessória é inter-humana *e* a posse exerce-se por atos ditos possessórios; mas tem-se de distinguir, ainda no mundo tático, o poder e o exercício do poder. A posse é poder, *pot-sedere,* possibilidade concreta de exercitar algum poder inerente ao domínio ou à propriedade. Não é o poder inerente ao domínio ou á propriedade; nem, tampouco, o exercício desse poder. Rigorosamente, a posse é o estado de fato *de* quem se acha na possibilidade de exercer poder *como* o que exerceria quem fosse

proprietário ou tivesse, sem ser proprietário, poder que sói ser incluso no direito de propriedade *(usus, fructus, abusus).* A relação inter-humana é com exclusão de qualquer outra pessoa; portanto *é* relação entre possuidor e *o alter,* a comunidade. Se bem que no mundo tático, é situação *erga omnes;* ou, melhor, *real.*

3. *Posições falsas da questão.* Quando se pergunta quais os direitos suscetíveis de posse já se inicia o tratamento da matéria com falsa questão. Não há direitos que sejam suscetíveis de posse. Há direitos entre cujos poderes há o de possuir *e* até o direito a possuir; porém é usar de linguagem incorreta falar-se de posse de direitos, direitos suscetíveis de posse, *possessio iuris,* e quejandas ímpropriedades. O que se tem de perguntar é quais os poderes, contidos no direito de propriedade, que podem ser poderes possessórios, isto é, estado tático de posse. Menos grave, mas ainda incorreto, *é* perguntar-se: "a que título a coisa pode ser possuida? A questão posta em devidos termos dá-nos: jque poderes, contidos no direito de propriedade, podem ser posse? O poder de extração do valor por alienação, de modo nenhum; se o admitíssemos, teríamos de admitir posse correspondente ao direito *de* hipoteca. O poder de disposição *é, de lege lata* (art. 493, II), ato possessório, se alguém tem posse; porém não a posteridade disso, que é a extração do valor (= o preço). Sobre o preço há outra posse. O *usus* e o *fructus* são típicos; *e onde* tais poderes ou um desses poderes se pode exercer de fato há posse. Dai a posse como usuário como usufrutuário, como locatário. Também a custódia é poder. Donde a posse do depositário, do credor pignoratício, do comodatário. Quando se põe a questão como "jquais os direitos suscetíveis de posse?", um dos inconvenientes é o de se ter de discutir, como ocorre na literatura italiana, a respeito do direito de hipoteca, não faltando quem absurdamente o afirme (A. Montei, II Possesso dei díritti di garanzia, *Foro italiano,* 1938, IV, 65, *Nuovo Digesto Italiano,* VI, verbo *Garanzia e La Disciplina deI Possesso,* 39 s.), quem repute "teoricamente concebível" (C. A. Funaíoli, *La Tradizione,* 309) e quem duvide (A.

Fedele, *Possesso ed Esercizio deI diritto, 67).* O credor hipotecário não tem a posse da coisa; jcomo poderia possuí-la?

(certo, R. de Ruggiero, *Istituzioni,* II, 602; V. Polacco, *Possesso, 9).*

Grande vantagem tem *o* Código Civil brasileiro em não se referir aos direitos reais, só se referindo a poderes inerentes ao domínio ou à propriedade. Não se precisa do esforço interpretativo da doutrina

italiana para se admitir a posse do locatário. As expressões do Código Civil brasileiro foram suficientemente largas.

A definição de posse que se tem no art. 485 é a melhor que até hoje se deu em texto legislativo. O Código Civil italiano, art. 1.140, *pr.,* que é posterior, não evitou a referência a direito real, permitindo a discussão em torno da hipoteca e do direito do locatário, do comodatário *etc.* O art. 485 permite que se abstraia de qualquer referência á figura jurídica (doiQiínio, direito real, direito pessoal), porque só alude ao poder que se sói incluir no poder de quem se assenhoreia da coisa. Senhoria fática. Não se deixou que exsurgisse a dicotomia "domínio, direito real limitado", nem a outra, "direitos reais, direitos pessoais." Uma vez que se está no mundo fático não se pode pensar com esses conceitos, que são do mundo jurídico, onde a posse, *ex hypothesi,* ainda não entrou.

O legislador brasileiro definiu a posse, vendo-a do mundo jurídico, mas sabendo que ela está no mundo tático, que é apenas elemento tático que pode vir a entrar no mundo jurídico em vir tude de algum ato jurídico ou negócio juridico que a tome como um dos elementos, ou em virtude de ato-fato ou, ainda, de fato juridico puro. Quando se exerce, com a posse, direito, tal exercicio é fato do mundo fático, que toca ao titular.

4. Sistemática da posse. A sistemática da posse *e* da proteção possessória muito prejudicou, através dos séculos, mas principalmente no período a que chamamos teorizante, o querer-se arquitetar, ou com os textos romanos, ou sem o fundo filosófico necessário, "teorias da posse." Para o jurista, não há outra teoria verdadeira da posse que a do sistema jurídico, que ele contempla. *De lege ferenda,* pode o jurista sugerir outra teoria, ou alteração; mas a mistura das duas atitudes é perniciosa para a ciência e para a vida.

A discussão entre os que sustentam existir a posse do domínio *e* a posse dos direitos reais *e* os que sustentam existir a posse do domínio, dos direitos reais *e* dos direitos pessoais origina-se de equívoco imperdoável, no início mesmo da divergência. Equivoco de ambos os lados. Não há posse de domínio. Nem posse de direito real. Nem, tampouco, de direito pessoal. A divergência era entre só existir, de regra, proteção à posse que corresponde a algum dos poderes que sói ter *o* que tem o domínio, ou existir proteção à posse que corresponde a

algum dos poderes que soem ter os titulares do domínio ou os de outros direitos reais. Soem ter. A posse é que se estende até onde aqueles poderes se estendem. Não há posse de domínio. Há posse própria; posse como o poder do titular do domínio. Não há posse do usufruto. Há posse como de usufruto. Não há posse de credor pignoraticio. Há posse como de credor pignoratício. Não há posse de locatário. Há posse como *de* locatário. A posse, em si, não pode aludir a direito.

Qualquer referência a elemento que entre no rol dos poderes que tem algum titular de direito somente pode ser para se traçar — analogicamente — a extensão da posse. O poder de usar que tem o usuário entra no conteúdo da posse de quem usa. O poder de usufruir que tem o usufrutuário entra no conteúdo da posse do que usufrui. Mas porque esses elementos são elementos que correspondem aos elementos da propriedade, O que, como possuidor, *só* usufrui não é usufrutuário (titular de direito real); é possuidor que usufrui. Se ocorre que há pessoa que constituiu o usufruto, ou se constituiu usufruto o antecessor do possuidor, ou se o antecessor foi o que *se* reservou o usufruto, a outra pessoa é proprietário ou possuidor a título de proprietário. Mas entre o que é possuidor e o que possuí como dono a relação é somente possessória enquanto não se traz à balha o direito. Então, já não se está no terreno da posse, que é só no mundo tático.

Daí ser incorreto dizer-se: que a posse somente corresponde aos direitos reais (Supremo Tribunal Federal, 9 de junho de 1923, *RF* 41/266; 1ª Turma, 31 de julho de 1941, *RT* 135/752 2ª Câmara da Corte de Apelação do Distrito Federal, 5 de abril de 1927, *RD* 85/166; 4e Câmara do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 30 de julho de 1940, *1W* 84/366; 45 Câmara Civil do Tribunal da Relação de Minas Gerais, 14 de março de 1923, 41/69; Câmara Cível do Tribunal de Apelação de Minas Gerais, 26 de outubro de 1939, 81/438), ou que se não estendeu a proteção possessória aos direitos pessoais. Há direitos reais a que não pode corresponder, no mundo jurídico *e* no mundo tático, posse, como a hipoteca; e direitos pessoais a que pode corresponder, no mundo jurídico e no mundo tático, posse, ou não corresponder, como acontece com o direito do locatário. Há assim direitos reais *e* direitos pessoais a que há de corresponder entrega da posse, como o penhor e o comodato. Nada disso tem a ver com existir a posse. O dono da coisa pode não ter posse; *e* ter posse como dono quem dono não é. O Úsuário *e* o usufrutuário podem não ter posse; *e* tê-la, plena, ou como de usuário, ou de usufrutuário, quem não é dono, nem usuário, ou usufrutuário. Facilitou a tarefa definidora do

legislador referir-se, no art. 485, ao domínio *e* à propriedade, para definir; porém, ainda assim, somente se referiu a elementos que constituam *poderes.* Não se disse que a posse correspondia ao direito de domínio ou aos direitos reais. Disse-se, tão-só, que é possuidor — no sentido dos arts. 485-522 — quem tem *o* exercício *de fato* (=

exercício no mundo fático) de algum dos poderes (mundo tático), inerentes ao domínio ou à propriedade (mundo jurídico). Definiu-se, é certo, fato do mundo tático com alusão a *efeito* do mundo jurídico; mas somente com alusão: o de que se serviu o legislador para definir possuidor foram elementos do mundo tático (aquele que tem de tato o exercício de poder).

Antes de iniciar-se o estudo sistemático da posse temos de *adiantar* algumas precisões, a fim de podermos terminar a dissertação, sem arrastarmos, através dela, falsos conceitos.

A posse *ad legitima tionem* dos títulos de crédito por vezes é elemento de suporte tático de aquisição (posse +

boa-fé); porém isso não exclui que, no mundo tático, se dê a formação e a perda da posse, a que se referem os arts.

485-523. A legitimação, como a aquisição da propriedade do título, passam-se no mundo jurídico. São fatos inconfundíveis a posse, de que cogita o Código Civil, arts. 485-523, isto é, a posse com a tutela de origem interdital a posse modo de adquirir, excepcional, *e* a posse para legitimação. A tutela da posse não alude à titularidade, razão por que se tem *de* considerar a posse à parte da propriedade, na reivindicação. O que exerce a posse como adquirente da propriedade *(e.g.,* o possuidor de boa-fé dos títulos cambiários) invoca, de cedo modo, o seu direito, o seu título. O que exerce a posse *ad legitima tionem* pode invocar, ou não, esse direito, mas, de qualquer modo, expõe- *se* a que se lhe apure a titularidade. Nada disso se dá quanto ao possuidor segundo o conceito dos arts. 485-523, porque esse pode exigir a proteção possessória ainda que não se diga titular do direito ao título de crédito. Se descemos a análise mais funda, *o* que ressalta é que a posse segundo os arts. 485-523 é a posse que está à base das outras duas. Por isso mesmo que é fática. Está no suporte tático da posse modo de aquisição como da posse para legitimação, mas apenas como elemento tático. No suporte fático da aquisição pela posse de boa-fé está a posse que diremos interditalmente tutelada, para simplificar; e esse suporte tático entra no mundo jurídico desde logo, *e*

não posteriormente, como pode entrar a posse só interditalmente tutelada. *Desde* que o suporte tático da posse venha de aquisição, entra no mundo jurídico, *e* nasce o direito à posse, o *ius possidendi,* efeito do direito subjetivo do proprietário. Aí, a posse, com a boa-fé, gera a proprieda *de, e* a propriedade gera o direito à posse.

No suporte fático da usucapião, a posse é elemento tático, junto a outros, incluído, necessariamente, o tempo.

Ainda é certa posse interditalmente tutelável que aí entra como elemento tático. Porém somente como um dos elementos.

Protegem-se os direitos, as pretensões, as ações *e* as exceções, porque existem ou pode ser que existam. Nascem direitos, pretensões, ações e exceções do fato da posse, porque se tem de proteger o possuidor para se evitar a via da luta. O que entra no mundo jurídico é o que suscitou a proteção; ao passo que os direitos, pretensões, ações *e* exceções são protegidos porque já entrara antes no mundo jurídico *o* tato de que se irradiaram. A diferença é relevantíssima.

Paulo, na L. 1, § 3, D., *de adquirenda ve) amittenda possessione,* 41, 2, informa que, para Ofílio *e* Nerva, posse ématéria de tato, e não de direito *(rem Jacti non iuris esse),* razão por que o pupilo pode começar de possuir sem autoridade do tutor. Paulo, por suas tendências filosóficas, exigia o intelecto, o entendimento, que depende da idade.

Aulo Ofilio, discípulo de Sérvio Sulpício Rufo *e* intimo de César, foi o autor do primeiro comentário minudente do Ediclo do Pretor *(edictum praeto ris primus diligenter composuit,* diz Pompônio, na L. 2, § 44, D., *de origine iuris,* 1, 2).

5.

Quieta non movere. O grande mal para a sistemática da posse foi não se atentar suficientemente na forni~ção do suporte tático da regra jurídica de proteção; nem se procurar fixar o *momento* da entrada dele no mundo jurídico.

Ou já se via na posse situação jurídica, precipitando-se a caracterização, ou, o que era pior, já se falava de *ius possessionis,* como se, antes da incidência da regra jurídica protetíva, já existisse direito,

portanto a relação jurídica.

Por outro lado não se analisou, no mundo tático, em que a posse se passa, o que — sem qualquer conceito jurídico, que seria prematuro, intempestivo — é fato humano *erga omnes* e o que é tato humano de relação entre pessoas determinadas. Essa distinção, ainda mesmo quando se precisem situações *ad rem* e *ad personam,* não é peculiar ao direito, não é pura criação do mundo jurídico.

Nas relações sociais, o sociólogo conhece relações para com todos e relações para com alguém, que se aponta, sem que já pise em terreno jurídico. O mundo social, fático, possuí-as. Dai já ser *erga omnes,* mais — já ser real, a situação possessória, antes de qualquer entrada no mundo jurídico. Somente após essa entrada é que se pode pensar em existir fato jurídico da posse. Então, éque se há de discutir se a posse é ato-fato jurídico, ou fato jurídico *stricto sensu,* ou ato jurídico *stricto sensu,* ou, até, negócio jurídico. Para o direito brasileiro, que abstraiu do *animus* e do *corpus,* a posse, como elemento do suporte tático das regras jurídicas dos arts. 485-523, ou é ato-fato jurídico (que se trata tão rente aos fatos jurídicos *stricto sensu* que foi possível a regra jurídica do art. 1.572, *verbis* "a posse da herança transmite-se desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários"), *ou* é, em qualquer caso, fato jurídico *stricto sensu.*

Discutiremos o assunto. Somente depois de haver ofensa ao principio *Quieta non movere* é que se pode pensar na entrada da posse, no mundo jurídico, como fato jurídico. Somente depois dessa entrada, é que se pode pensar *em ius possession is.* Quanto ao direito á posse, o *ius possidendi, esse* nada tem com a posse de que tratam os arts. 485-523. E

direito que tocou a algum titular de direito real ou pessoal a obter, a conservar a posse.

Para a teoria da posse, segundo os arts. 485-523, o que importa é a senhoria da coisa *(pot, sede re),* o estado de fato, a situação real, o poder tático sobre a coisa. A posse, em si, é *res facti,* e somente *res facti.* Nem conseguiu fazê-

la direito subjetivo o direito romano pós-clássico quando lançou mão de analogias com o direito. Torná-la *res iuris* seria deformá-la, levando até ela o colorido que somente convém ao que já entrou no mundo jurídico. Ainda quando só se exerça a posse de usufruto, ou de fruto, ou de habitação, ou de locação, a *restrição* é no mundo tático, e a

chamada *iuris possessio* não consiste em mais do que em elipse infeliz de "posse que coincide, em sua extensão *e* intensidade, com o que seria o exercício de direito, se de direito se tratasse. Muito concorreram para se obscurecer o problema as teorias subjetívístas, com a alusão ao *animus possidendi onde* as teorias objetívistas se satisfaziam com a *causa possessionis* e o Código Civil brasileiro com o contorno tático da própria posse como fato humano. Evita-se cair em vã logomaquia, firmando-se a indagação jurídica quanto ao que se sabe, ao certo, quanto ao passado romano clássico, pós-clássico, germânico, medieval, canônico, ao que ocorria no tratamento da posse, e ao que é que, *de lege lata, se* adotou no Código Civil. Para a exposição desse, de muito nos serve a literatura alemã anterior e posterior ao Código Civil alemão, porém livremo-nos de identificar com a atitude do Código Civil alemão a do Código Civil brasileiro *e* evitemos qualquer referência de doutrinas em torno dos Códigos Civis que não chegaram às atitudes do Código Civil alemão e do brasileiro, ou, como o Código Civil italiano atual, tomaram caminho oposto ao do Código Civil brasileiro.

O Código Civil italiano apegou-se à teoria subjetivista ao *animus,* enquanto o Código Civil brasileiro, livre das peias européias, abstrai do *animus e* do *corpus.*

Antes da sua entrada no mundo jurídico, a posse é apenas fato social, acontecimento tático. Ainda não se pode falar de interesse legítimo. Há, apenas, interesses táticos em presença uns dos outros. Não há dever jurídico dos outros, a que corresponderia direito ao possuidor; há o tato"da posse, que, qualquer que seja, posse própria, ou posse só direta (imediata) ou só indireta (mediata), *se exerce em* sociedade, frente ao *alter.* Quando A se apossa do terreno *a,* apossa-se do terreno frente a todos. Se alguém tem direito à posse (e pode dar-se que B tenha a posse como própria e C a tenha como locatário), isso nada tem com a relação entre A *e* todos, — trata-se *de ius possidendi,* isto é, de direito *e* pretensão que nasce de B *e* C serem titulares de algum direito. O fato da posse de A, esse acontece no mundo tático, *e* acontece frente a todos, como situação real, e por isso pode ofender o direito de B *e* o direito de C, ou de outrem, ou não no ofender Se não ofende a qualquer direito, nem é ofendida, continua no mundo fático, sem que o direito se preocupe com ela. O sistema jurídico só vem a interessar-se por ela, como situação real, quando *alguém,* por via de fato, vai contra ela, ou quando ela ofende a algum direito alheio. Então, o sistema jurídico protege a posse, ou protege o direito contra a posse. E o momento da entrada da posse no mundo jurídico. O direito quer paz, dentro *dele e* tora dele. *Quieta non movere!*

O sistema jurídico cria direitos *e* deveres aos que invoquem a posse. E a invocação pelo possuidor, ou por outrem, que dá entrada no sistema jurídico a atos em que haja o fato da posse, ou a fatos que se liguem ou a que se ligue a posse. Quando se fala de posse no art. 485 *e* no art. 1.572 alude-se ao poder tático, se bem que, no art. 1.572, a lei faça a morte ser o momento da entrada da posse no mundo jurídico, sem qualquer ato do herdeiro. Não se diga que, no art. 1.572, já há direito subjetivo. A posse não é efeito jurídico, nem soma de efeitos jurídicos; é o suporte fático possessório *(Besitztatbestand),* que permanece pronto para a entrada no mundo jurídico quando se dê o ato ou fato que o suscite, *e* só *então* há efeitos, portanto direitos, pretensões, ações *e* exceções. Os direitos que exsurgem são direitos que resultam de algo mais que o simples estado de fato. Quem transfere a posse não dispõe de direito, — o direito nasce ao adquirente do ato de disposição, com a transferência. Antes, só se estava no mundo fático. Mas ocorre que a posse é sobre objeto, razão por que, quando nascem as pretensões, são elas reais, se incluem na massa concursal do possuidor não-proprietário, sem que a posse do não-proprietário seja gravame da coisa.

Durante a tratação da matéria da posse, o essencial é estar-se atento ao momento em que a posse vai entrar no mundo jurídico. Quando alguém transfere posse, o ato de transferência entra no mundo jurídico *e,* no suporte dele, o elemento tático da posse. Se B turba ou esbulha a posse de A, o ato de B, contrário a direito, ao *Quieta non movere,* entra no mundo jurídico, como ato ilícito.

Dos interditos nasceu a ação civil, instituto de direito material, sem que a posse deixasse de ser o que era: como *possessio civilis,* um dos pressupostos da usucapião; ou relação extrajuridica, nas fronteiras do direito, *e* prestes a entrar no mundo jurídico. Dírse-á que, hoje, o acordo pode ter por objeto a posse, o que mostra têrmo-la transformado em direito. O equivoco é velho, como dissemos. O acordo já supõe que a posse entre no mundo jurídico, *e* o que se faz objeto dele é o conjunto de direitos, pretensões e ações que dele se irradiarem. É de lamentar-se o tempo *e* o esforço, que se têm perdido, entre discutir a falsa questão de ser fato ou ser direito a posse. Quando se desenvolveu a teoria da posse imediata e da posse mediata, pôde-se ver como o fálico penetrava no direito *e* como as noções *de animus e* o *corpus* perturbavam a investigação da natureza da posse. Por outro lado, a transferência da posse mediata, sem qualquer *elemento* corpóreo, inclusive pela cessão da pretensão à entrega, pôs em relevo

quanto o elemento *corpus,* também *ele,* é acidental.

Os antigos viam a posse como relação entre pessoa e coisa; depois de 1. Kant, que teve a primeira visão verdadeiramente sociológica da posse, foi ela considerada como relação de pessoa a pessoa, entre vontade e vontade,

— o que se refletiu, profundamente, em E von Savigny; nos nossos dias, eliminado o voluntarismo kantiano, a posse é tida como poder fálico, o que elimina a necessariedade do *corpus* e do *animus,* ao mesmo tempo que se mantém a noção de relação inter-humana, social, sem se ter de pensar em "vontade." Volve-se 1ªo *status* objetivo, segundo os antigos, sem se repelir a concepção sociológica, o que restitui àposse a sua natureza de poder fálico a que se dá entrada no mundo jurídico.

O interdito romano ainda não continha *teoria jurídica da posse,* pois apenas pesava interesses. O ma~istrado tinha arbítrio; ao passo que nenhum arbítrio tem o juiz de hoje no julgar ações possessórias, que têm atrás de si toda a exuberante elaboração da Idade Média *e* dos séculos posteriores a ela. O plano de proteção da paz, de conservação do fálico, atende, hoje, à mesma finalidade; mas já se passa, de todo, quando se dá entrada à posse no mundo jurídico, em plano jurídico. Privatizou-se, por outro lado, a proteção, de modo que já se tem a instituição de direito civil. Isso permitiu que se discernisse da posse mediata a posse imediata, que tem a sua causa; e se abluissem as discordâncias entre a política dos interditos romanos *e* a metafísica dos juristas clássicos. Há pretensão à tutela jurídica da posse, quer pela justiça estatal, quer pela justiça de mão própria; não há mais o ato administrativo, estatal, do magistrado, sem o exercício daquela pretensão e sem a *res deducta.* A evolução, que se operou, foi, em certo sentido, a continuação do pensamento romano. No intervalo, houve a elaboração medieval e a moderna, até que se revelasse que o poder era

"fálico", sem ser preciso, portanto, que fosse corporal e volítivo. Em verdade, enquanto a defesa própria (legítima defesa e justiça de mão própria) cabe, como sucedâneo, por não ser possível obter-se a justiça estatal a tempo, em se tratando de quaisquer direitos, — quanto à posse, ambas estão *antes* da justiça estatal, porque, antes da entrada no mundo jurídico, por alegação de ofensa, a posse só pertence ao mundo tático. O direito contemporâneo, através da justiça de mão própria, germânica, restituiu à posse a faticidade, que o interdito

romano não tirara, por ser remédio de direito público, *e* os juristas clássicos haviam encoberto de explicação metafísica.

6. Se a posse entra no mundo jurídico como ato-fato ou como fato. O problema que somente se poderia pôr, com clareza, depois de precisa classificação científica dos fatos jurídicos (fatos jurídicos ilícitos, atos-fatos jurídicos ilícitos, fatos jurídicos *stricto sensu,* atos-fatos jurídicos, atos jurídicos *stricto sensu,* negócios jurídicos), exige que preliminarmente se responda a duas questões:

a) no mundo fático, ~a posse é sempre fato? 14 se é há posse fato puro, *sem ato,* apode entrar no mundo jurídico como fato jurídico? No mundo fálico, nenhum ato pratica o que não exerce qualquer poder fático sobre a coisa mas pode exercê-lo. Não houve ato de tomada de posse, que pudesse entrar no mundo jurídico, como ato-fato jurídico. A *apprehensio,* essa, é ato-fato jurídico.

Posse é poder Portanto, fato. Não se precisa de qualquer ato para que se possua. Possui-se, *e* basta. Certo, o que mais acontece é o ato que exprima a posse. O herdeiro recebe a posse sem qualquer ato.

O que mais importa saber-se é que o direito contemporâneo (à frente, e melhor que todos os outros sistemas jurídicos, o sistema jurídico brasileiro) chegou à caracterização da posse como fato puro, como acontecimento do mundo fálico, que somente penetra no mundo jurídico *quando* algum ato jurídico ou alguma investida na esfera de ação de outrem suscita a tutela jurídica da posse. Dai poder-se dizer que a posse entra no mundo jurídico, como fato jurídico *stricto sensu,* quando *objeto de* algum ato jurídico ou quando ofendido o *status quo,* indispensável à paz social. A posse. só por si, não se juridícíza; a posse não é mais do que um dos elementos do fato jurídico *stricto sensu* (posse + ato jurídico, ou posse + ofensa à ordem social). Porque é valor, serve de objeto a atos jurídicos. Porque há o princípio *Quieta non movere.* permite-se que funcione a tutela possessória, que então se cria no momento mesmo da ofensa.

Após essa fixação de quando a posse se juridiciza e a verificação de que não é simultânea a ela — acontecimento do mundo fático — a juridicização, à diferença do que ocorre a respeito dos outros fatos jurídicos *stricto sensu.* como o nascimento e a morte, *e* um tanto parecida com a avulsão que somente entra quando encontra o terreno

de alguém, é que se há de mencionar a abrangência do suporte fático das posses. Hoje, tanto possui o proprietário, ou o que exerce o poder fático *ad instar do* poder contido no domínio sem ser dono, inclis~ive o ladrão, quanto o usufrutuário, o usuário, o credor pignoratício e os que têm poder tático *ad instar de* tais figuras do direito das coisas, e o locatário, o depositário e outros que exercem o poder em virtude de direito das obrigações ou das sucessões, ou quem, *ad instar* deles, o exerce, sem ter a situação jurídica que àqueles corresponderia.

O direito romano não conhecia isso. Tudo isso resultou de evolução profunda em que se encontram direito romano, direito germânico e canônico. Em verdade, o direito romano viu a *natura/is possessio (tenere rem, esse in possessione),* porém não chegou à jurídicização dela, à tutela jurídica da *natura/is possessio.* Aqui, é de se advertir em que a distinção entre *deten tio e possessio* não tem base técnica nas fontes romanas. Fora a posse como elemento do suporte tático da transferência aformal da propriedade *(traditio),* ou da usucapião, a posse era considerada apenas como fundamento da aquisição da propriedade *(iusta causa possessionis).* A obra pretoriana da proteção pelos *interdicta* foi posterior.

Cumpre, porém, observar-se que o direito romano que chegou ao enunciado de Ulpiano (L. 12, § 1, D., *de adquirendo vel amittenda possessione,* 41, 2: *Nibil commune habet proprietas curn possessione)* não se apegara à teoria da posse simples sombra do domínio (cf. Venuleio, L. 52, *pr.,* D., 41, 2; *e* Ulpiano, L. 1, § 2, D., *uti possidetis,* 43, 17), posto que, em todo começo *de* evolução, os povos não tenham tido concepção abstrata da propriedade e a posse estivesse intimamente incrustada nela, como se o domínio mal se pudesse soltar do mundo tático. Em verdade, quando a propriedade se abstratizou, a posse continuou concreta, fática, a despeito de, nos tempos mais próximos, se passar a aludir a *possessio* como se fora algo distinto dos acontecimentos do mundo tático.

§ 1.060. Posse e detenção (as teorias em torno do direito romano)

1. *Os dois conceitos.* Ao problema de se saber quem é possuidor *e* quem é detentor, isto é, tenedor a que se não reconhece proteção à posse, não é possível dar-se solução *a priori.* Primeiro, porque depende do estado econômico *e,* até, de circunstâncias econômicas no lugar *e* no

tempo, *e* de circunstâncias sociais não-econômicas. Segundo, apenas se pode observar, ao longo de mais *de* dois milênios, a linha de evolução dos conceitos de posse *e* de possuidor, aqui e ali perturbada, ou servida, por desvios profundos. Não há exagero em dizer-se que na evolução do instituto de proteção possessória muito se lê da história humana.

A definição do possuidor como detentor com *onimus sibi habendi,* que correspondeu ao direito romano pós-clássico, com pequenas atenuações, de modo nenhum se prestaria aos nossos dias. Por outro lado, fracassaria toda tentativa de se buscar em toda a história conceito de posse, ou de possuidor, que fosse o de todos os tempos. Se comparamos os textos romanos *(non possident:* L. 10, § 5, D., *de adquirendo reruni dominio,* 41, 1; L. 3, § 20, D., *de adquirenda ue/ amittenda possessione,* 41, 2; L. 6, § 2, D., de precario, 43, 26; *sunt in possessione:* li. 9, D., 41, 2; L.

6, § 2, D., 43, 26; *tenent:* L. 5, § 1, D., *ad exhibendum.* 10, 4; L. 1, § 22, D., *de vi et de vi armata,* 43, 16; *alieno nomine possident:* L. 18, *pr.,* D., 41, 2; *naturaliter possident:* L. 12, pr., D., 41, 2) e o art. 486 do Código Civil, logo ressalta que, para o direito brasileiro, há possuidores que o não eram para os inspiradores *e* os práticos do direito romano. Na dícotomia que Ulpiano aponta (L. 9, D., *de rei vindicatione,* 6, 1) entre os que *tenent* ou *non possident e* os que possuem, alguns se achavam na primeira classe, que hoje estão na segunda. No entanto, os juristas romanos sabiam bem que *aliud est enim possidere,* longe *aliud in possessione esse* (Ulpiano, L. 10, § 1, D., 41, 2) *e nec idem est possidere et alieno nomine possidere* (Celso, L. 18, *pr.,* D., 41, 2). Em linguagem mais científica: alguns fatos de tença da coisa, a que hoje damos entrada, como fatos de posse, no mundo jurídico, não entravam no mundo jurídico, como tais, para o direito romano; *e,* pois, não irradiavam efeitos que se reservavam àposse. Os efeitos da posse não poderiam ir àqueles que não tinham posse, ainda ao que servia á posse de outrem, *alience possessioni praestat ministerium.* Isso não quer dizer que os juristas romanos não confundis?em, por vezes, a *existência e* a *eficácia* da posse, como ao considerarem detentor o credor pignoratício (L.

15, § 2, D., *qui satisdare cogantur,* 2, 8) *e* acrescentarem que ele não tem posse *ad usuccipionem,* mas possui *ad reliquas omnes causas* (L. 1, § 15, D., 41, 2; L. 16, D., *de usurpationibus et usucapionibus,* 41, 3),;- o que é demasiado vago *e* não correspondia ao próprio sistema do direito romano. Por outro lado, havia a ambiguidade oriunda da expressão *alieno nomine possidere:* possuir, porém em nome de outro,

ou não-possuir, porque os atos são por outrem. Em verdade, muito fizeram os juristas romanos, *e* um dos seus melhores serviços foi o de distinguírem a posse fato jurídico *stricto sensu e* a posse simples elemento do suporte tático de outro fato jurídico; e.g., a *possessio e* a *possessio* para usucapir. Quer isso dizer que eles chegaram a isolar *(a)* o fato jurídico da posse e a tratá-lo independentemente (/4 dos seus efeitos ou (c) dos fatos jurídicos em cujo suporte fático entrava como elemento. Dos comentadores do Edicto, Ulpiano foi o que mais cogitou de *(a),* portanto dos interditos (cf. O. Lenel, *Das* Edictum Perpetuum, 18 5.); Gaio, (Juliano e Paulo mais se preocuparam com a posse-elemento. Nas *Sententice receptae,* Paulo só expôs a teoria da posse, a propósito (V, 2) da usucapião (cf. O. Karlowa, *Rômische Rechtsgeschichte,* II, 310), o que não lhe faz honra, nem correspondia ao seu gênio. Outros juristas, Triboníano por exemplo, tiraram aqui e ali, isto é, de *(a),* de *(b) e* de *(c),* as regras, com que trabalharam, o que, fora de dúvida, ainda mais turvou o assunto da teoria da posse. A li. 15, D., *qui satisdare cogantur,* 2, 8, falou da posse a respeito da dispensa de fiança, em caso de *cautio in iure sistendi,* — mas Emilio Mácer, jurista menor, que escrevera livro sobre apelações, *e* do qual se tirou a L. 15, não pode servir de modelo, nem concorrer, com o seu vago conceito de posse, para a teoria do fato jurídico *stricto sensu* da posse. Tratou, apenas, de um efeito, *e* não sabemos de outro lugar, nos textos romanos, onde dele se voltasse a cogitar.

Hoje, o art. 835 do Código de Processo Civil só se refere àpré-exclusão do dever de caucionar por parte do proprietário *(verbis* se não tiver no Brasil bens imóveis que lhes assegurem o pagamento"). O possuidor, não-dono, tem dever de caução.

Quando se trata de posse-elemento, os textos romanos reveIam conceito mais largo de posse (L. 22, § 1, *e* li. 11-13, D., *de noxalibus actionibus, 9,* 4); *e.g.,* diz-se que o credor pignoratício *e* o precarista *iuste possideant.* Verdade é, porém, que os interditos possessórios úteis preparavam o caminho até a teoria contemporânea da posse (por exemplo, a li. 1, § 5, D., *de vi et de vi armata,* 43, 16, quanto ao superfíciário *e* ao usuário, onde, a despeito da omissão de *utiliter* pelos compiladores do Digesto, éde interdito possessório útil que se trata, cf. H. Degenl□olb, *Platzrecht und Miethe,* 88, H. Pflúger, *Die soqenannten Besitzklagen,* 188).

2. *Deficiência conceptual do direito romano.* Na *Paráfrase* grega das

Institutiones, o usufrutuário não tem posse, porque não possui; só tem o *ius utendi fruendi* (ao § 4, 1., 2, 9, li. 17 e 18), mas a definição de posse que então se insere (II. 6) é imprestável. Tem-se do *anônimo* (em grego), que se divulgou em 1847, a distinção entre posses legitima *e* civil, que levam a usucapir, as *legitimae tantum,* que dão os interditos, *e* a natural, que seria a detenção. Nas *Basílicas,* a posse não é mais elemento do suporte fático da usucapião. Diga-se o mesmo de Miguel de Attaliata, da *Synopsis minor* e, já no século XIX, de *Constantino Harmenópulo.

3.

A posse na Glosa. Nos glosadores, com o método dialético inaugurado, nas *Summae,* por Irnério (H. Fitting, *Summa Trecensis,* VII s.), começou o labor científico mais sério após o dos grandes axiomatizadores romanos.

(Nenhuma alusão dos glosadores ao *animus domini,* porque era estranho aos textos). A posse, para eles, é relação fática, todavia sem que percebessem que, relação social, tinha de ser com as outras pessoas. O autor da *Sumi-na Trecensis* via na posse o corpo do sujeito em contacto com o corpo da coisa. Não se pode dizer que o étimo *de possessio* tenha sido a causa de tal concepção, mas foi aproveitado para isso. Partindo de relação tão material, tinham os glosadores de cair na distinção entre a *possessio vera e* a *possessio interpretativa, artificia lis* ou *ficticia,* criada, essa, pelo direito. Discutia-se se a *possessio naturalis* compreendia *R possessio naturalis* e a *possessio naturalis* reconhecida pelo direito (Placentino, Azão), ou se eram *possessio naturalis e possessio civilis* duas espécies incoincídentes de posse (Bassíano, Hugolino). A aquisição da posse tinha de ser pela apreensão corporal, o que de si só faz ressaltar quão estreita era a concepção dos glosadores. O ato-fato jurídico da tomada de posse tinha de ser, para eles, Placentino à frente, *actus corporalis,* posto que se admitisse a *traditio ficta,* a *traditio per interpretationem (Summa Codicis,* 417). Azão não via, ainda na doação com reserva de usufruto, aquisição *animo solo:* o *actus corporalis,* aí, não é apreensão corporal, mas é *actus corporis;* a coisa está *in conspectu* do adquirente *(Summa Codicis,* foI. 199, *7-9,* 14). Na mesma esteira, Acúrsio, que viu *actus corporis* fora de toda apreensão *corpore et tactu.*

Para os glosadores, *deten tio, detinere,* não é antítese de *possessio, possidere; possidere* também é *tenere, detinere.* Há tença na posse, se

bem que nem sempre haja *possessio* na *detentio. Possessio naturalis sive civilis deten tio est.* Para que "detenção" se oponha a posse, é preciso que se trate de detenção que também não é posse: "detenção" detenção — posse. Ainda se distinguia a detenção a que não correspondia, sequer, *possessio natura lis, e* aquela a que correspondia. Mas, para Bassiano e Azão, há a *possessio civilis,* a *possessio naturalis* e a *deten tio.* Assaz importante é atender-se a que Placentino viu que a posse só natural também tinha efeitos; daí a sua explicação ao *ad reliquas omnes causas pertinet* da L. 16, D., *de usurpationibus et usucapionibus,* 41, 3, inclusive aludindo a efeitos-deveres do credor pignoraticio, *e* a referência à aquisição dos frutos *(Summa Codicis,* 333) pelo usufrutuário, que, segundo concepção hoje superada, não era possuidor.

Bassiano *e* Azão mais viram o efeito, *direito,* da posse, do que o fato jurídico strícto sensu: *ius quoddam rem detinendi sibi ius quoddam, quo quis corporalem rem vere, vel interpretative, sibi habeat.* Porém a definição de Azão, que é a segunda, alude ao fato da posse *e* ao direito, como efeito. (Os pós-glosadores notaram-no: Bassiano *definit possessionem prout in esse producta est;* Azão *prout in esse producitur.* E assim foi preparado o caminho à observação de Jacó de Ravanis: ... *sicut ex contractu qui est facti, resultat obligatio, quae est iuris, ita ex apprehen-sione, quae eM facti, resultat possessio, quae iuris est.)*

Criticou-se aos glosadores não terem fundamentado, *a priori,* a distinção entre o que se tinha por posse e o que se tinha por simples detenção. Percebiam eles que só o direito, *a posteriori* portanto, poderia dizer quais os suportes fáticos, em que houvesse tença, que poderiam entrar no mundo jurídico. A regra de direito positivo ou diz que entram, ou pré-exclui a entrada *(e.g., res extra cornrnercium).*

Para a concepção romana *e* da glosa, *alieno nomine possidere* não era possuir; mas Placentino explicava que não só o possuir *alieno nomine* pré-excluia a posse: há os que têm, para si, e não possuem. Não podemos exigir dos glosadores mais do que eles fizeram; fizeram o que podiam. A respeito do credor pignoratício, poder-se-ia chegar á teoria geral do possuidor da coisa alheia (= de que outrem é dono); mas as fontes não se prestavam a isso.

4. *Pós-glosadores.* Os pós-glosadores continuaram, na matéria, a glosa. Há, apenas, maior atenção aos efeitos. A divisão tripartita *de* Bártolo *(possessio civilis,* ou para usucapião; *possessio corporalis,* que dá os

frutos *e* mais proventos; *possessio naturalis,* ou protegida pelos interditos *retinendae e recuperandae possession is),* não poderia prevalecer, porque encontrava a obra dos glosadores, identificadora da *possessio naturalis* e da *possessio corporalis.*

Já estava arraigada a concepção de que é o direito positivo que faz ser posse a detenção, isto é, lhe dá eficácia jurídica (Paulo de Castro, Jasão de Mamo).

5. *A partir do século XVI.* Em 1534, publicou-se a *Paráfrase* grega das *Institutiones,* atribuida a Teófilo, que Ulrich Zasius *e* A. Alciato não conheceram. Emilio Ferreto conheceu-a, sem se aproveitar dela. Duareno, sim, aproveitou-a, em 1549; mas foi Cujácio quem, pela primeira vez, cogito do *animus dominii,* servindo-se do mesmo manuscrito de que se fizera a edição de 1534.

No século XVI, Ulrích Zasius reconheceu os interditos aos locatários, comodatários, usufrutuários e depositários, posto que detentores, — *non dominii causa, sed ratione alterius efJectus vel iuris quod ei debetur.* Influência da L. 37

§§ 21 *e* 22, D., de *adquirenda vel amittenda possessione,* 41, 2.

Para A. Alciato, toda posse é *possessio natura lis.* A que entra no mundo jurídico é *possessio civilis,* isto é, *iure civili approbata.* Há, pois, posse *naturalis tantum,* que é a detenção. Seria afirmar, *a prio ri,* que não há detenção fato jurídico.

De Duareno (1549) em diante, a influência da *Paráfrase* grega das Institutas é decisiva. A autoridade de Teófilo estava em moda. E em torno da -qruxt nºrnróovtoç, foi que surgiram as discordâncias: vontade de se comportar como dono (Duareno, Donelo), crer-se proprietário, ou crer ter-se tornado proprietário (Cujácio, Fridero Mindano). Assim, para uns, havia de traduzir-se por *animus dominantis, animus domini, opinio domini* (Duareno, *Opera Omnia,* 819 *e* 1.386: *Possidet is qui ita tenet ut se dominum esse contendat).* Já se lhe encontram os germes da convicção posterior, contemporânea, das duas posses, a do dono e a do credor pignoraticio, se bem que pré-excluisse a posse do comodatário *e,* a respeito do seqúestratário, descesse (834) à análise da vontade dos interessados *(custodia causa, omittendae possessionis causa).* Vê-se bem que já se olvida o *animus*

domini se não se foi até às últimas conseqflências, pelo menos se abriu enorme brecha à concepção dos tradutores da *Paráfrase* grega.

Hugo Donelo pertenceu à esteira dos que traduziram a expressão grega por *animus domini; e* a posse do credor pignoratício, a do seqúestratário*e* a do precarista são explicadas como transferências da posse: o *tradens,* dono, dá posse ao *accipiens;* mas pré-exclui a transferência na locação, no comodato *e* no depósito, porque o *tradens* não quer transferi-la: *Si quis rem tradit ex locati, commodati aut depositi causa, is possessionem non amittit, quia non id agit, ut possessionem in conductorem, commodatarium aut depositarium transferat ipse deserat.* E de notar-se que, no segundo tempo *(após* a tradição ao credor pígnoratício, ao seqúestratário *e* ao precarista), seria difícil insistir-se na exigência do *animus domini, e* Donelo não mais alude a *ele.* Não cremos que a dificuldade lhe haja escapado (sem razão, J. Duquesne, *Distinction de la Possession et de la Détention,* 84); mais certo é que a evitou.

Enquanto Duareno, J. C. Balduíno (J. C. Bauduín), E Hotmano (E Hotman), Júlio van Beyma (Julius a Byma) *e* Donelo se apegaram, uns mais *e* outros menos, ao *animus domini,* — Cujácio *e* E Mindano falaram do *animus sibi habendi,* que haveria na posse, e não na detenção *(animus alieno nomine tenendi); e* é a vontade do *tradens, e* não a do *accipens,* que importa para a posse do credor pignoraticio, do seqúestratário *(sequester) e* do precarísta. Para F.

Míndano, o usufrutuário, o usuário, o credor pígnoratício, o enfiteuta, o depositário, o seqúestratário, o precarísta e o possuidor violento ou clandestino têm *animus sibi* ou *suo nomine*

possidendi, de modo que lhes cabem os interditos. Depois, Antônio Faber admitiu que o credor pignoratício possuí *suo nomine* e *ad suam utilitatem;* Ramos deI Manzano vislumbrou *animus dominantis* no credor pignoratício, no precarista *e* no seqúestratário, distinguindo *animus domini* e *animus dominantis (possessionem sibi habere et ei dominari tanquam suae),* o que já exprime (se tirarmos a alusão ao *animus)* atenção ao poder fático, que têm assim possuidores-donos como outros possuidores.

É perceptível a evolução no sentido de se colher o elemento-poder, que há na posse, sem se sacrificar a concepção da posse, sombra, para eles, do domínio, às situações de outros titulares do poder fático.

Compreende-se que, nos primeiros tempos, se tivesse de pensar *dentro* dos textos romanos, ou, pelo menos, não muito *fora* deles. Se alguns juristas se satisfaziam com a referência ao *animus sibi habendi* ou *sibi possidendi* daqueles que os textos consideravam possuidores (H. Zoésio ou Zoes, *Commentarius,* 684 5.; A. Vinio, *Selectarum luris quaestionum Libri duo,* A. Perez, *Praelectiones,* 610 s., G. Noodt, *Opera Omnia,* 138, J. Voet, *Commentarius,* 617, que se aproxima da verdadeira explicação da posse do credor pignoratício, do precarista e do seqüestratário, pela vontade de utilizar a coisa, D. D"Argentré, *Notarum luris Selectarum Liber,* f. 5 s., *e* R. Pothier, *Pandectae iustinianeae,* 121 s., sendo que os quatro primeiros falavam da posse do usufrutuário sem aludirem a *iuris possessio,* ao passo que o último sô lhe viu *possessio naturalis),* outros procuravam descobrir a linha discretiva entre a posse et detenção. O problema de conciliar a dupla posse, em caso de penhor, com o principio *Duo in solidum possidere nequeunt* atormentou ao jurista espanhol Melchior de Valência; e J. E. de Retes *(Ad tit. Dig. de adquirenda vel amittenda possessione, em G.* Meermann, *Novus Thesaurus,* VII, 453-540) tentou atribuir ao verbo *habere* o significado *de possuir, de* modo que não se "haveria" o que só se detinha, mas textos romanos o desmentiam (e.g., li. 2, § 38, *ne quíd in loco publico,* 43, 8; L. 1, § 33, D., *de vi et de vi armata,* 43, 16; L. 38, § 9, D., *de verborum obligationibus,* 45, 1). Para *ele,* é possuidor *iuris* o usufrutuário, mas são possuidores *rei* o enfiteuta *e* o superficiário.

6.

A teoria savignyana. Enfim, vem E von Savígny. O século XVIII passara sem que se enriquecesse a teoria da posse. A nova atitude volve ao *animus domini,* fundindo os conceitos de posse *ad interdicta* e de posse *ad usucapionem.* A posse *ad interdicta* seria, em verdade, a única. A ela opõe-se a detenção; *e* a distinção entre elas apenas tem por fito responder à questão de caber, ou não, na espécie, a proteção interdital. Só a detenção com *animus,* intencional, produziria posse; portanto no *animus domini* é que estaria o elemento distintivo. Possuidor é quem tem o intuito de exercer o direito de propriedade. Mas de exercer o *seu* direito de propriedade, não o de outrem; por conseguinte, o *anirnus possidendi* é apenas o *animus sibi habendi.* Só o poder fático do proprietário, que o não-proprietário, tendo o *animus sibi habendi* também tem, criaria a posse. Chegando até aí *e* não continuando o fio de pesquisa cientifica, que se entrevia em Azão, ao apontar os que possuiam *alieno nomine sibi, e em* E Mindano, — F.

von Savigny abriu exceções à regra do *animus domini* quanto *a)* àposse do credor pignoratício; *b) à* do precarista; c) à do seqüestratário; *d) à* do enfiteuta. Ter-se-ia dado a transferência pelo dono. Quem tem

animus domini e tem a proteção possessória, que é direito, pode transferir esse direito, inclusive a simples detentor, como o credor pignoratício *e* o precarista. Então, o que o recebe tem *animus possidendi,* concernente ao *ius possession is,* que lhe foi transferido. Ressalta a artificialidade do raciocínio. Restaria a questão da transferibilidade: se o possuidor, que tem o *animus domini,* pode transferir o *ius possession is,* então outros detentores, *e* não sô aqueles quatro, poderiam ser possuidores. Não podia E von Savigny ter outra saida que aquela que se deparou, tantos séculos atrás, aos glosadores: só o direito positivo pode dizer qual a espécie em que a posse é transferível. Para quem seguiu o pensamento dos glosadores *e* dos pós-glosadores, alguns dos quais se esforçaram por superar esse apego aos textos romanos *e,* explicando-os, descobrir a aquisição da posse por outrem que o que se crê ou se tem por dono, a teoria de E. von Savigny fracassava de começo. Com ela, resolvia-se apenas a questão de não ser suscetível de posse a *res extra commercium* (não suscetível de propriedade privada) e a questão (romana) de não serem possuidores as pessoas sujeitas ao poder de outrem. Quem examine, a rigor, a exposição de E von Savigny chega à conclusão de que *ele* se pôs junto a Duareno *e* a Donelo: teoria dos séculos XVI *e* XVII, desenrolada, com brilho e gênio romanístico, no século XIX. Aliás, as teorias que, depois, partindo do *animus dom mi,* só se distinguiam da teoria de E von Savigny na enumeração das espécies excepcionais (G. F. Puchta: *a, b, e* c; L. Arndts: *a, b* e *c e* o superfíciário; C. G. Bruns e A.

von Vangerow: *a, b,* c, *d e* o superficiário), somente discordaram quanto ao direito positivo romano. Passo além foi o de A. E J. Thibaut, em 1835 (Uber *possessio civilis, Archiv ftJr die civilistische Praxis,* 18, 320 s.): não há limitação ao princípio de transferibilidade da posse; portanto, foi exemplificativa a enumeração romana.

Também ao locatário, ao depositário, ao comodatário se pode transferir. O que a figura jurídica, a que a posse (imediata, diremos hoje) corresponde, faz é apenas confirmar a posse; *e.q.,* o credor pignoratício recebe a posse *ad interdicta,* e não a posse *ad usucapionem.* (Só mais tarde o pensamento jurídico se libertou desse apego à explicação pela transferibilidade, mas é inegável que A. E II. Thibaut concorreu para a teoria contemporânea da posse.) Os que vieram após já encontraram a grande lição: A. Brinz *(Lehrbuch,* 2ª ed., 517 s.), que viu a diferença entre a posse, que hoje dizemos imediata, *e* a que hoje dizemos mediata, em não ter o adquirente daquela a vontade de ter *como sua* a coisa; E. Windscheid *(Lehrbuch,* 1, 9ª ed., 768 s.), que manteve o conceito de *animus domini,* mas recorreu à ficção para explicar o que E von Savigny considerava exceções ao princípio.

A atitude de Ramos dei Manzano, tentando dilatar o conceito do *animus domini,* foi retomada: *a)* por A. W. von Schrõter (Uber den abgeleiteten Besitz, *Zeitschrift fik Civilrecht und Prozess,* II, 233-270), que viu *animus domini* no enfiteuta, no superficiário e no credor pignoratício (conexidade histórica do *pignus e* da alienação fiduciária), bem como mandato no precário *e* na seqúestraçáo; *b)* por H. Duncker *(Die Besitzklage und der Besitz,* 161-177), que considerou o enfiteuta *e* o superficiário como possuidores *iuris* e o credor pignoratício, o precarista *e* o seqúestratário, investidos, pelo *tradens, de animus dom mi (seriam* três casos de posse fiduciária); *c)* por C. E. Rosshirt (Zu der Lehre vom Besitz, *Archiu ftir die civilistische Praxis,* VIII, 1-74; Uber den sogenannten abgeleiteten Besitz, 21, 242

s.), que se absteve, no primeiro escrito, de fixar conceito de posse, que abrangesse todas as espécies de posse segundo o direito romano, *e,* no segundo, o tentou, em enunciado negativo (o *animus domini* seria a intenção de excluir da coisa qualquer outra pessoa); *d)* J. G. Kiemlff *(Theorie,* 1, 352 s.), que prestou atenção à dilatação do conceito de *dominus,* com que se procurava insistir nas expressões *animus domini, e* propôs que por dono se entendesse o que tem poder sobre a coisa, para si (portanto, não só o proprietário; também o ladrão, o credor pignoraticio, o precarista etc.); *e)* K. Pfeifer *(Was ist und gilt im rdmischen Rechte der Besitz,* 7 sã, que pouco mais fez do que definir o *animus domini, à* semelhança de J. G. Kierulff. Queria-se superar a ciência romana *e* pós-romana, *e* ia-se conseguindo.

Vê-se bem que se tentava generalizar, para se evitar exceção ao conceito; mas a referência ao *animus domini* tudo impedia. Dono *e* proprietário eram o mesmo conceito *e* a alusão a *dominus* trazia à mente o conceito de domínio. Daí a preferência pelo conceito *de animus sibi habendi* ou *sibi possidendi.* Todas essas teorias, como as outras, que não renunciaram à fácil explicação pelas exceções ao princípio do *animus domini,* procuravam definir o que é o suporte fático da relação jurídica possessória. *Animus domini, animus sibi habendi, animus sibi possidendi, animus dominantis, animus dom inandi,* — tais as expressões de que se usava, revelando todas o subjetivismo que as informava *(animus, opinio, cogitatio domini).* A Paráfrase grega concorreu, por muito, para a persistência dele, mas o século XIX já excluira toda alusão à *opinio* ou *à cogitatio domini.* Em todo o caso, pouco há de novo nos que retomavam as teorias dos glosadores, dos pósglosadores *e* dos juristas do renascimento. Apenas, é inegável que alguns regrediam, como Bartels (Vom abgeleiteten Besitz, *Zeitschrift Júr Civilrecht und Process,* VI, 177 sã; outros, como G.

E. Schmídt *(Das* Commodatum *und* Precarium, 31 s.), davam nome mais próprio *(aninius dominandi),* ou, como G.

Lenz *(Das Recht des Besitzes,* 102 s.) *e* E. Bôcking *(Pandekten,* 5ª ed., 449 *e* 459), *animus dominantis.* Procurou H.

Dernburg *(Das Pfandrecht,* II. 62 s.) ligar ao *animus possidendi* a causa *(causa possession is) e* notou em que o direito romano falhava, negando a posse aos locatários *e* comodatários, devido às convicções políticas e sociais (cp.

Entwicklunq, 68 s.), pois os ricos, dirigentes, não permitiam aos locadores, pobres, mais do que uso revogável. No fundo, a posse, outrora *e* hoje, é o que resulta de relações de tenças, com intenção de possuir para si, legalmente reconhecida *(Pandekten,* 2ª ed., 395). A A. v. Scheurl *(Weitere Beitrôge,* 2 cart., 19 s., 46 s.) deve-se ter acentuado que a noção de posse se formara, a principio, no terreno da usucapião (portanto como elemento de suporte fático) *e,* depois, no terreno da proteção interdital (portanto como fato jurídico por si); dai não possuírem, *ad usucapion em,* o credor pignoraticio, o precarista e o seqúestratário, *sequester* (melhor seria dizer à sua posse faltava o que fosse exercício próprio do domínio). Quanto à posse *ad interdicta,* E. Machelard *(Théorie générale des Jnterdits,* 164 s.) desceu à dimensão econômica: o *animus sibi habendi* é a vontade de ter a coisa em proveito próprio. Outros, como P.

van Wetter *(Traité de la Possession,* 1-5), voltaram à concepção da posse como detenção acompanhada de direito real.

Por seu lado, A. Pernice *(ZeitschriJt fOr das gesamte Handelsrecht,* 22, 424 s.) chamou a atenção para a formação espontânea *e* esporádica dos interditos, seguida do esforço dos juristas romanos para colher os traços comuns, definidores. A G. Mandry (Zur Lehre vom Besitzeswillen, *Archiv fOr die civilistische Praxis,* 63, 26) deve-se ter posto e discutido a questão da proteção possessória do achador *e* do *negotiorum gestor,* respondendo afirmativamente.

7. *A teoria da posse no século XX.* A elaboração da teoria da posse, tal como chegou a ser no século XX, com os Códigos Civis alemão, suíço *e* brasileiro, retrata a luta da psique humana por apanhar o conceito mais conveniente *e* o conteúdo mais preciso de posse. Alguns conceitos *e* algumas soluções *de lege lata* revelavam que se não tratavam igualmente relações relativamente iguais, ou mais

merecedoras de tutela possessória (e.g., o usufruto e o crédito pignoraticio). Foi pena que os glosadores, os pós-glosadores *e* os juristas da renascença não houvessem separado o problema *de iure condito* e o problema *de iure condendo.* A evolução teve de operar-se dentro de exposições dialéticas *e* de tentativas de adaptação do conteúdo dos textos ao direito que *deveria* ser. Verdade é, porém, que a expressão *animus* muito concorreu para se entravasse o desenvolvimento da teoria da posse. A expressão *animus domini,* essa nunca se encontra nos textos romanos. Nem poderia bastar, para a prestigiar, o terem delas se servido alguns juristas, depois de 1549, para traduzir a dos textos bizantinos; tanto mais quanto outros viam, aí, a *opinio dornini* ou a *cogitatio domini,* portanto algo de enunciado de conhecimento, *e* não de vontade, e não se tratava de obra legislativa, *e* sim interpretativa. Nem se exigia ser dono, nem se exigia o *anirnus.* Quando alguns juristas reconheciam exceções, ou queriam que o credor pignoratício, o precarista *e* o seqúestratário, *sequester,* tivessem *animus dom mi,* é evidente que procuravam salvar expressão infeliz. Tampouco se mostrou acertada a expressão *anirnus sibi habendi,* porque continha a alusão à vontade *e* a equivocidade *de habere:* a tentativa de J. E de Retes, para fixar o sentido de *habere,* não logrou acolhida. Por outro lado, a noção *de iuris possessio* ainda mais turvava o assunto.

8. *A teoria de 1?. von ihering.* A aparição da obra de R. von Jhering teve o êxito brilhante de toda atividade que destrói, mas, onde destruiu, algo constrói. Deve-se-lhe a crítica mais cerrada, mais minudente, que jamais se fizera, às teorias subjetivas. ~De que vontade se trataria? 5Da vontade de cada individuo, *in casu?* Seria impossível. ~Da vontade abstrata ou de teoria subjetiva da *causa possession is?* Também o seria, porque nem se presumia a *causa possession is,* nem se dava ao autor o ônus dessa posse. Donde a necessidade de se examinarem as razões de legislar que levaram os juristas romanos a distinguirem *causae possessionis* e *causae detentionis.* Mas a teoria que ai ficasse teria o inconveniente de dar ao autor a prova da *causa possessionis,* contra Paulo *(Sententiae receptae,* V, 11); *e* isso conduziu R. von Jhering a erigir teoria em que ao autor somente incumbisse provar o *corpus.* Para *ele,* não há diferença de princípio entre a posse e a detenção; apenas a lei cria *causae detentionis.* A posse é a regra.

Teoria essencialmente negativa: detenção é a posse a que se recusam os interditos; de modo que o õnus da prova de que não há, in *casu,*

posse incumbe ao réu. O direito positivo, em vez de colorir, com o seu reconhecimento, a *causa possession is,* descotire a *causa detentionis.* Não diz que o suporte fático entra no mundo jurídico, como o fato jurídico *stricto sensu* da posse; diz que não é fato jurídico *stricto sensu* de posse a "posse" que se repele como detenção. O

corpus não é só a aproximação espacial; pode essa existir sem ele. *Corpus e animus* são inseparáveis, como a palavra *e* o pensamento. Desde o momento em que se dá o ato de apreensão, a proximidade transforma-se em relação possessória: nascem *corpus e animus.* Porém *animus* também há na detenção, tanto que os textos romanos exigem o *intellectus passidendi* ao filho-família e ao escravo que adquirem para o chefe de família (L. 1, § 9, D., *de adquirenda vel amittenda possessione,* 41, 2) e não adquiria a posse o dono do escravo insano da mente (li. 1, § 10, D., 41, 2). E

interessante observar-se que R. von dhering já considerava a própria detenção fato jurídico *stricto sensu,* embora distinto da posse (efeitos: legítima defesa, *actio iniuriarum,* interdito de *loca publico fruendo,* interdito *quod vi aut clam,* petição Je herança. O *animus tenendi* éo mesmo para a detenção *e* para a posse; não há *animus possidendi* que dele se diferencie. Para nos convencermos disso bastaria, sustenta *ele,* que lêssemos a Paulo, na II. I, § 3 *(aflectio tenendi* do adquirente da posse) *e* § 9 *(affectio tenendi, inteilectus possidendi,* do adquirente da detenção). aOnde estaria, pois, a diferença entre a posse *e* a detenção? Quando R. von Jheríng chegou a esse ponto, a sua construção retomou a escapatória de tantos séculos atrás: o sistema jurídico, inspirado por motivos de ordem prática, negativamente, tirou a eficácia possessória (= de tutela possessória) a *algumas* relações que, sem isso, não seriam simples detenção, mas posse. Assim, seria a presença de alguma regra jurídica que privaria o suporte fático de entrar no mundo jurídico como posse, se bem que pudesse entrar como detenção (impossuibilidade da *res extra commercium;* não poderem possuir pessoas sob poder; não possuírem os locatários). A casa romana, com o *pater familias,* cortava certos suportes fáticos, de modo que somente poderiam entrar no mundo jurídico como detenção. A medida que o direito se desfamiliarizou, pôde a técnica jurídica admitir a posse dos locatários, dos mandatários *e* dos comodatários.

A teoria de R. von Jhering continuou a pesquisa de tantos séculos e deu conta de *como* entrava no mundo jurídico o suporte fático da detenção. Os seus predecessores haviam dado conta de *como* entrava no mundo jurídico o suporte fático da posse. Assim, completou-se a investigação, que antes fora só do lado positivo. Mas, teoria negativa,

a de R.

von Jheríng, por si só, não poderia satisfazer. A revolução, que o seu pensamento operou, foi mais para completar do que para substituir. Enquanto os outros investigadores (pensemos em A. Pernice, no célebre escrito de 1877) mostravam como o direito *conferia* eficácia a fatos jurídicos *stricto sensu* de tença, R. von Jhering mostrou como o direito *préretirava* essa eficácia a alguns desses fatos. Ora, nem aquela nem essa há de ser a atitude do cientista: o mundo jurídico dava eficácia àqueles e a esses, *distintamente;* e a distinção de eficácias é que separava o fato jurídico *stricto sensu* da posse e o fato jurídico *stricto sensu,* ou não-jurídico, da detenção. Nem a fórmula positiva, nem a negativa servem à ciência: o peneiramento, a que se procede à entrada do mundo jurídico (posse; detenção; nem posse nem detenção), é positivo *e* negativo; tudo se passa como se se dissesse: *a)* "Entra como posse", *b)* "Entra como detenção", *c)* "Não entra como posse, nem como detenção." A tença do dono e a do ladrão são *a);* a do locatário, para o sistema jurídico romano, é *b);* a proximidade do dinheiro que alguém me pôs no bolso, pilheriando, é *c).* Demais, historicamente, não se começou por *negar* proteção possessória; *e* sim por se conferir proteção possessória, interdital, *e* por se conferirem outros efeitos à posse *ad usucapionem* e à detenção. Certamente, o interesse do *dorninus possessionis* era obstáculo a que as pessoas sob poder tivessem mais do que detenção e o mesmo ocorria nos casos de detenção contratual; exceto se outro interesse não tinha de prevalecer *(e.g.,* o do credor pignoratício, que, se fosse simples detentor, poderia ser privado da garantia, ao talante do devedor). Mas seria isso suficiente para se concluir que teoria negativa pecava pela unilateralidade da sua visão. Há mesmo contradição entre a fórmula negativa de R. von Jhering e a sua teoria do fim. O que se passa com o credor pignoratício também se passa com o mandatário que atuasse como representante indireto, com o colono hereditário e com o seqúestratário ou *sequester:* o outro contraente poderia tirar-lhe a coisa, destruindo, conceptualmente, a categoria jurídica. Assim, em vez de afirmarmos, como R. von Jhering, que, perfeito o suporte fático, há *sempre* posse, *salvo* se alguma regra jurídica pré-exclui que haja posse, havemos de enunciar: o *mundo jurídico, conforme a estrutura das suas categorias, a que correspondem poderes fáticos, seleciona os suportes láticos de tença, de modo que uns não entrem no mundo jurídico* (tenças sem qualquer efeito), *outros entrem como posse e outros como detenção.* Há poderes fáticos que somente entram para a usucapião, mas esses não são, de si sós, suportes fáticos; são apenas fatos de tença que se encaixam como elementos de suportes fáticos.

9. Posse e *causa possession is.* Provando-se o poder fático — tal como se configura, entrando no mundo jurídico, a posse — provada está a *causa possessionis.* Paulo *(Sententiae receptae,* V, 11, 2) escreveu: *Probatio traditae ~el non traditae possessionis non tom in iure quam in facto consistit; ideoque sufficit ad probationem, si rem corporaliter teneant.* Daí pretendeu-se tirar que se dispensava a prova da *causa possession is,* ao que redarguiu R. von dhering *(Der Besitzwille,* 169) que o *ideoque sufficit* afasta que se trate de presunção *iuris.* A *ele* opôs-se, com razão, que se poderia tratar de presunção *facti?*

10. *Após 1?. von ihering.* Depois de *Der Besitzwille,* a literatura dividiu-se entre a teoria ou teorias subjetivistas (B.

Windscheid, H. Dernburg, A. Randa) e a teoria objetiva (J. Baron, Zur Lehre vom Besitzwillen, *Jahrbúcher fúr die Dogmatik,* 29, 192 s.; Noch einmal der Besitzwílle, 30, 197 5.; ZolI, *Grúnhuts Zeitschrift,* 17, 697-707; J. Appleton, *Essai sur le Fondement de la Protection possessoire,* 93; C. Salkowski, *Institutionen,* 6ª ed., 209, 9ª ed., 218 5.; Ed.

Vermond, *Traité de la Possession,* 289 5.; A. Ubbelohde, em GlUck, 43-44, 5ª Parte, 525 s.).

Para os investigadores do direito romano, a teoria de R. von Jhering não correspondeu àquele sistema jurídico.

Mas a sua influência, como material de pensamento moderno *e* contemporâneo (abstração do *animus)* e como crítica às teorias da vontade concreta, foi decisiva. As teorias subjetivas da *causa possessionis* tomaram a dianteira, em quase todo o ocidente, até que se pudesse abstrair do *animus e* do *corpus.* Em vez da regra de direito pré-excludente da posse (= sobre *causa detention is),* pôs Ed. Vermond *(Troité de la Possession,* 290 s.) a "razão de direito" *(e.g.,* não poder ser proprietário), — com o que pensava salvar a teoria negativa de R. von Jhering; mas continuou a unilateralidade da sua visão.

§ 1.061. Posse e detenção, no direito de agora

1. *Conceitos de hoje.* Juristas bizantinos, glosadores, pós-glosadores *e* juristas posteriores, desde o Renascimento até o século XIX tentaram explicar por que alguns tenedores eram possuidores, e outros não. Era de esperar-se que buscassem o traço comum àqueles *e* o traço

distintivo entre aqueles e esses. Raramente, já em tempos próximos a nós, juristas se preocuparam com saber *por que* os textos romanos distinguiam posse *e* detenção *e por que* protegiam aquela. Se temos diante de nós os Códigos Civis alemão, suíço e brasileiro, a questão da distinção entre a posse *e* a detenção deve ser posta sem se invocarem as teorias, *que se erigiram em torno do direito romano ou do direito comum.* Há de ser posta como questão de interpretação daqueles textos. ~O *corpus* é o elemento único ou são inseparáveis *animus* e *corpus?* Seria repetir-se a atitude reprovável de R. von Jhering misturarem-se a interpretação e a critica dos textos. Quem interpreta tem-se de pôr do lado do que interpreta; pôr-se defronte é somente criticar e, não raro, só zurzir

Se o elemento diferenciador fosse a *causa possessionis* tê-la-ia de provar o autor; se a *causa detentionis,* o réu.

Viu-o melhor que todos *e* antes de todos, R. von Jhering. Mas justificaria isso que armasse a sua construção sistemática em termos de "a posse é a regra, exceção é a detenção"? Historicamente, é inadmissível; e afirmá-lo seria contradizer a própria teoria jheringuiana da origem dos interditos possessórios (colação das *vindiciae).*

2. *Tença, detenção e posse.* A questão de se saber se a *tença* da coisa é posse ou detenção não se deve pôr no plano da eficácia, radicalmente: isto é, se há efeito jurídico, há posse; se não no há, é de detenção que se trata. Pode haver detenção com efeito *e* detenção sem efeito. Depende do sistema jurídico. Nem todo efeito é possessório, nem há conceito *a priori* de detenção. O problema consiste em se enunciar se o suporte fático entra no mundo jurídico, como posse protegível, ou se não entra como tal; seria errado pó-lo em termos simplistas de entrada ou não-entrada no mundo jurídico. A posse pode entrar como posse e a detenção como detenção. E pode haver detenções que não entrem. A resposta há de ser *a posteriori.*

A detenção da coisa não é o fato jurídico *stricto sensu* da posse. Mas é outro fato jurídico *stricto sensu,* — o fato jurídico *stricto sensu* da detenção ou tença, cuja irradiação de eficácia équantitativa e qualitativamente inferior à irradiação de eficácia do fato jurídico *stricto sensu* da posse. Sustentou R. von Jhering que a legitima defesa, o detentor a tem, salvo contra o possuidor; a *actio iniuriarum* pode

ampará-la; há os interditos *de loco publico fruendo e* o *quod vi aut clam;* a petição ide herança abrange-a. Tem-se pretendido que esses efeitos não fazem fato jurídico a detenção *(e.g.,* J. Duquesne, *Distinction de la Possession et de la Détention,* 212), mas tal atitude revela quão longe se estava, no fim do século passado e no começo do século corrente, de completo conhecimento dos fatos jurídicos, da sua classificação *e* dos seus efeitos. Demais, efeitos jurídicos de fato não-jurídico seria absurdo: é após entrar no mundo jurídico, isto é, após fazer-se *fato jurídico,* que qualquer fato pode ter eficácia jurídica.

A concepção da posse, como plena, *volístándiger Besitz, e* não-plena, *unvolístândiger Besitz,* encontrava-se no direito prussiano (E. Meischeider, *Besitz und Besitzschutz,* 123 s.); mas os que haviam adquirido a posse com vicio não eram possuidores, mas detentores. Seja como for, os juristas procuravam explicar a natureza da posse plena, se havia a não-plena, ora reduzindo-a a algo de imaginário, de ideal, ora acentuando a incrustação de uma na outra.

Quem tem direito de retenção só retém, pode — portanto, por definição — *re-ter,* que é ter em continuidade. Não tem direito à posse, o que é outra coisa (Tomo VI, § 633, 4). *Se* tem posse, tal posse é elemento fático, que coexiste com o *ius retentionis* porém sem com ele se confundir. Nem se poderia dizer que todos os titulares de direito de retenção acontece serem possuidores. A lei pode atribuir — e atribuí — direito de retenção a quem não épossuidor Posto que, na maioria dos casos, os que podem reter sejam possuidores.

§ 1.062. *Corpus*

1.

Relação topológica. A proximidade é relação topológíca. É de fácil compreensão que os povos primitivos atribuíssem à proximidade, no espaço vulgar, todas as consequências, *e* só a ela as atribuíssem. Nenhum sistema jurídico primitivo *vê* a posse ou a detenção como relação no *espaço social,* de homem a homem vê sempre relações entre coisas ou entre homens e coisas. As relações entre homens, quando eles as colhem, são insertas no mundo fático e indiferenciadas.

2. *Atitudes metafísicas.* As noções de *corpus e animus* foram assaz propícias a atitudes metafísicas. Assim, para Paulo *(.Sententiae receptae,* V, 11, § 1ª), a conservação da posse podia ser *animo solo,* como se, durante estação do ano, me ausento da casa de verão, ou de inverno, e dos objetos nela contidos. Não via ele que tal posse supõe poder fático, que se tem, ainda quando se está ausente; portanto as circunstâncias sociais permitem que o ausente o tenha. A investigação de existência de *corpus* puro, sem mescla *de animus,* e *de animus* puro, sem mescla de *corpus,* permitia variantes entre os dois extremos, ao sabor dos doutrinadores. Por outro lado, enquanto se apurava a independência ou interdependência do *animus e* do *corpus,* tinha-se de admitir que sempre houvesse ato, volição, no *corpus,* para que se não reduzisse a simples relação espacial de proximidade. O lenhador, diante da floresta, só tem o *corpus* sobre as árvores que abata para sobre elas ter poder fático. A que *ele* abateu sem propósito de utilizar *(e.g.,* por competição quanto à derrubada em menor número de machadadas), não fica sob o seu poder. A relação do lenhador com as outras pessoas, a respeito dela, não é possessória; o seu ato, que supõe relação espacial, pode entrar no mundo jurídico, como ato ilícito, ou como exercício de direito; não, porém, como ato-fato jurídico de aquisição de posse, nem como fato jurídico *stricto sensu* de posse. Por isso, insurgiu-se a teoria objetiva contra a noção de outro *animus,* distinto do que há, implícito, no *corpus.* Todavia, a vontade de se pôr em contacto com a coisa não bastaria para compor a relação possessória, o que, pelo menos, exigiria que se concebesse o *animus,* elemento da posse, como qualificado, como espécie de *animus,* o *animus possidendi.*

***§* 1.063. Animus e *corpus* no sistema jurídico romano** 1. *Os dois conceitos.* O que importa saber-se é se (1) o *animus* era, no sistema jurídico romano, *necessá rio* à posse e à detenção, ou só à posse, ou só à detenção, se (2) o *corpus* era *necessário* à detenção *e* à posse, ou só àquela, e (3) se *animus e corpus* eram elementos independentes ou não.

(1)

A afirmação de R. von Jhering *(Der Besitzwille,* 269 s.), quanto a ser pessoal a Paulo o constituir o *animus* elemento essencial à posse, foi repelida, diante de tantos textos romanos que o desmentem (cf. J. E. Kuntze, *Zur Besitzlehre,* 19 *e* 36 s., meio duvidoso; P. Hirsch, *Die Prinzipien des .Sachbesitzerwerbes,* 696 s.; O. Karlowa, *Rômische*

Rechtsgescl-iichte, II, 322; R. Saleilles, *Êtude,* 17 5.; H. v. Holíander, *Uber der* animus, 31 5.; P. Sokolowski, *Die Philosophie im Privatrecht,* 1, 41 s.). Mas isso não exclui que muito houvesse de filosofia do tempo e de pessoal na explicação

É de Paulo (L. 41, D., *de adquirenda vel amittenda possessione,* 41, 2) o seguinte trecho tão tresfoliado: *Qui iure Iam iliaritatis amici fundum ingreditur, non videtur possidere, quia non eo animo ingressus est, ut possideat, licet corpore in fundo sit.* Assim quem, por direito de amizade, entra no terreno do amigo, não se entende que o possui, porque nele não entrou com ânimo de possuir, posto que corporalmente se ache no fundo. Entendeu J. Baron (Zur Lehre vom Besitzwillen, *Jahrbúcher fúr die Dogmatik,* 29, 230 s.) que o amigo que se coloca no terreno do amigo só se põe em relação espacial de proximidade (cp. arts. 487 e 497, 1ª parte); a vontade pode intervir, transformando-a em relação possessória ou não. Aliás, alguns textos também fazem depender da vontade, aqui dos figurantes, o ter, ou não, o precarista, ou o seqilestratário, *sequester,* a posse (Juliano, L. 39, D., 41, 2; Pompônio, L. 6, § 2, D., *de precario,* 43, 26; Ulpiano, 15, § 4, D., 43, 26). Mas é de observar-se que, existindo *affectio tenendi* em quaisquer espécies de precário ou de seqúestração, o *animus* seria peculiar à posse. A diferenciação estaria na vontade mesma. Outros textos dizem que a transformação da posse em não-posse (Paulo, L. 3, § 6, D., 41, 2), inclusive em detenção (Celso, L. 18, *pr.,* D., 41, 2), pode ser interior àvontade; e outros, que o detentor, pelo *animus, se* pode tornar possuidor (L. 9, § 9, e L. 10, D., *de rebus creditis,* 12, 1, com a opinião de Nerva, Próculo, Marcelo e Ulpiano; Paulo, L. 3, § 18, D., 41, 2; Celso, L. 68, D., *de furtis,* 47, 2; Ulpíano, L. 34, *pr.,* D., 41, 2). Nesses textos, ou há acordos de vontade, ou há vontades de um só, inclusive simples *toco movere.*

Do que acima se disse se há de concluir que o *animus,* que o sistema romano exigia para a posse, era mais do que a *affec tio tenendi,* que R. von Jhering via em qualquer tença, inseparável do *corpus.*

(2) Que o *corpus* era necessário à detenção resulta dos textos (L. 3, §§ 3 e 13, D., *de adquirenda vel amittenda possessione,* 41, 2), um dos quais já analisamos. A L. 3, § 13, também de Paulo, diz-nos: Nervo *filius res mobiles excepto homine, quatenus sub custodia nostra sint, hactenus possideri, id est quatenus, si velimus, natu ralem possessionem nancisci possimus, nam pecus simul atque aberraverit aut vos ita exciderit, ut non inveniatu~ protinus desinere a nobis possideri, licet a nuílo possideatur:*

dissimiliter otque si sub custodia meo sit nec inveniatu~ quio praesentio eius sit et tantum cessat interim diligens inquisitio. Assim, tanto no § 3 como no § 13, o *corpus e* a *noturalis possessio* são o mesmo. O *corpus* é elemento necessário. Mas os juristas romanos, com a noção *de corpus,* tinham de distinguir a não-consciência e a consciência de possuir, como elemento para a permanência dele: o que, sem se dar conta, detinha a coisa, havia de, percebendo-o, ou mantê-lo, ou repeli-lo. Por isso, B. Windscheid *(Lehrbuch,* 1, 9ª ed., 732 s.) frisou faltar à posse natural a vontade (para ele, o mesmo que não ter importância jurídica o *corpus* sem o elemento volitivo). Contra a noção de detenção sem qualquer vontade, desde Donelo, se aduz que o contacto, só, não basta (o que dorme não detém o objeto que se lhe pôs na mão, li. 3, § 3, Da 41, 2); mas o tesouro é detido pelo dono do fundo. Para os que assim pensavam, a *affectio tenendi* seria necessária à detenção. ~Que invocam eles? O § 10; mas o texto só se refere à representação, que é ato jurídico, e não ato-fato juridico, como a aquisição originária da posse, nem fato jurídico *stricto sensu,* como a posse, a discussão foi útil, porque se preparou a ciência do direito para se~líbertar do conceito de *corpus* e de *animus* como elementos necessários da detenção.

2.

Solução do problema. (3) A li. 3, § 3, D., *de adquirenda vel amittenda possessione,* 41, 2, deu-nos, tirado dos *Comentários ao Edicto,* de Paulo: *Neracius et Proculus et solo animo non posse nos adquirere possessionem, si non antecedat naturalis possessio; ideoque si thensaurum in fundo meo positum sciom, continuo me possidere, sim vi otque possidendi offectum habuero, guia quod desit naturali possessioni, id animus implet. ceterum quod Brutus et Manilius putant eum, qui fundum longa possessione cepit, etiam thensaururn cepisse, quam vis nesciot in fundo esse, non est verum: is enim qui nescit non possidet thensaurum, quamuis fundum possideat. sed et si sciat, non capiet longa possessione, quia scit alienum esse. quidam putant Sabini sententiom veriorem esse nec alias eum qui scit possidere, nisi si loco motus sit, quia* non *sit sub custodio nostra: quibus consentio.*

Tirando-se em vernáculo: „Nerácio *e* Próculo dizem que não podemos adquirir a posse somente com o ânimo, se não precedeu a posse natural. Por isso, se sei eu que há tesouro depositado no meu terreno, possuo logo após ter a intenção de possuí-lo, porque o ânimo integra o que falte à posse natural. Porém não é verdade o que opinam Bruto *e* Manílio, quanto a adquirir também o tesouro o que por longa posse

adquiriu o fundo, ainda que não saiba existir ele no fundo: porque o que não sabe não possuí o tesouro ainda que possua o fundo. Mas, ainda que o saiba, não no adquire por longa posse, porque sabe que é de outrem. Alguns entendem que é mais verdadeira a opinião de Sabino, e não possuí, aliás, o que sabe, salvo se houvesse mudado de lugar, pois não está sob nossa custódia: com os quais estou de acordo."

Da L. 3, § 3, tirou-se *(a)* que os dois elementos, *onimus* e *corpus,* posto que independentes, se completam.

Todavia, L. Pininski *(Der Totbestand des Sachbesitzerwerbs,* 1, 93 s., 152) sustentou que a teoria da independência fora a de Nerácio e Próculo, mas Sabino a repelira, pois que exigira, para a aquisição do tesouro, o *laco movere.*

Assim, *(b) animus* e *corpus* nascem juntos, como depois Labeão, Pompônio (L. 15, D., *ad exhibendum,* 10, 4) e Papiniano (L. 44, *pr.,* D., *de adquirenda vel omittenda possessione,* 41, 2) assentaram. (E. Hruza, Der Sachbesitzerwerb, *Grúnhuts Zeitschrift,* 24, 232, dá todo valor à proposição *guio quod desit noturoli possessione, id animus implet,* de modo que Nerácio e Próculo exigiam o *onimus à* própria *possessio naturalis*— o que é de repelir-se, pois *implet* é, aí, completar o que falta à aquisição da posse, e não completar a posse natural.) Todos sabemos que R.

von Jhering excluia qualquer independência dos dois elementos.

O *corpus e* o *onimus* são elementos separáveis, ou, melhor, independentes. Pode existir *corpus,* sem existir *onimus;* e *animus,* sem existir *corpus.* Os teorístas que se prenderam demasiado ao ato de apreensão, em que os dois elementos se juntam, não se deram conta de que há o ato-fato da aquisição e o fato jurídico *stricto sensu* da posse. Por confundi-los, R. von Jhering cometeu o grande erro de tomar como inseparáveis (como palavra e pensamento) o *corpus* e o *animus.* Nem a análise das relações de hoje, nem os textos romanos o apoiariam: ora se fala de aquisição, conservação *e* perda da posse *animo solo,* ora se alude a *corpus* anterior.

Recentemente, houve quem quisesse acrescentar aos elementos *(animus* e *corpus)* que outros sistemas jurídicos, exceto o brasileiro, têm por essenciais à posse, terceiro elemento que seria a aparência do direito (P. Nuvolone, *II Possesso nel Diritto pena/e,* 19 s., 25 s.). Não bastaria o simples poder sobre a coisa; seria preciso que se revelasse.

A posse viciosa não é posse. Tal exigência da *apporen tio iuris,* sobre ter o inconveniente de deslocar para o mundo jurídico, intempestivamente, o trato da posse, viria *vacatio possessionis* durante 6 tempo em que o possuidor foi espoliado e o espoliador detém. Não é de admirar-se que, com esses propósitos de novidade, D‟Emilia (Sintesi in torno alIa configurazione dei possesso, *Archivio giuridico,* 1948, 35 s.), aponte o título como terceiro elemento. O equivoco ressalta. Quando se diz que o poder de fato há de ser um dos poderes que se contêm no direito de propriedade, quando se exercita, de modo nenhum se exige que a posse tenha *apparen tia iuris,* nem que à sua base esteja *titulus.* A aparência, que há na posse, é a posse mesma, a *apparen tia facti.*

§ 1.064. “Poder fático”

1. *Propriedade da denominação.* Á denominação poder fático” foi exprobrado ter resultado de influência romanística, que se deveria evitar. Sem razão; porque nem o *animus* nem o *corpus* é elemento essencial do poder fático. O direito contemporâneo partiu da nítida caracterização do mundo fático *e* do mundo jurídico, sem ter reduzido o fático ao corporal, ou ao intelectual. Facilitou isso o reconhecimento da posse mediata, que é poder fático, sem ser poder

“corporal.” Por outro lado, admite-se que, onde e quando a ordem social dispensa os meios físicos e a presença, o poder fático, na posse imediata, possa ocorrer. A civilização contemporânea fez elevar-se, transformando-se, o direito positivo. Aliás, o direito público dos antigos povos germânicos protegia os rebanhos em campo aberto, ou nos pastos, e as ferramentas de trabalho, que ficavam nas terras. Provia a ordem social, proviam todos; de tal jeito que, onde a legitima defesa ou a justiça de mão própria não seria a tempo, ou suficiente, aí estivesse a vigilância coletiva. Onde a ordem social é insuficiente, *multa accidere possunt, quominus possideamus;* e tem para isso P. Sokolowski *(Die Philosophie im Privotrecht,* II, 294) expressões felizes: “a /ongo *manu* encurta-se, *e* ceifa-se o punho (Faust) para a defesa.“ *Manus* e *Faust,* romano *e* germânico, eram os simbolos do poder fátíco. “Quem de nós”, escreveu ele em 1907, sob o tçarísmo, “proprietários rurais livônios, sob a anarquia russa, deixe a sua quinta, não sabe o que, de volta, encontrará. A lenha derrubada e empilhada, segundo todas as regras da economia florestal, não está em nossa posse.

Todo transeunte pode, sem receio de menor importunação, dela servir-se à vontade. 5De que nos vale, nessa dissolução das relações sociais, a ordem social e jurídica, nominal-mente existente? O que ainda pode salvar algo é o registro da propriedade, o domínio, que desfruta da maior estabilidade do direito em relação ao conjunto da ordem social e da vida econômica." Mostra bem isso quanto o poder fático é dependente do todo social. Os vendedores de jornais dos países de civilização apurada podem ir fazer outra coisa que os vender; durante a ausência, têm plena posse dos jornais, e houve perfeita tradição das moedas, que os compradores puseram na bandeja, ou na caixa, por vezes fazendo troco. A *longo manus* distende-se; o *Faust,* o punho, pode ficar adormecido e longe. Completamos, assim, o pensamento do professor russo.

2. *Conceito de posse plena.* A posse plena, que é a posse *toda,* somente tem contactos exteriores. A posse mediata *e* a imediata tocam-se. Bem assim as diferentes posses mediatas. Logo ao primeiro exame, é de notar-se que as posses mediatas *sobem* como correspondentes de direitos mais fortes (sublocatário, locatário, usufrutuário, proprietário), exatamente na medida em que se rarefazem de conteúdo físico do poder fático. Daí as conseqüências juridicas da posse imediata serem mais largas que as da posse mediata. A relação possessória tem por objeto, diretamente, o poder fático mais próximo. Na posse plena, há a posse "mediatizável" *e* a posse direta; a posse imediata é a posse direta, quando aquela se mediatiza. Dá-se a cisão, sem que se suprimam. Para a imediatização da posse, nada se retira; toda posse imediata é posse direta, que já se tinha, ou que já vem imediatizada. Por isso mesmo, no constituto possessório, é mais exato dizer-se que se fez *imediata* a posse direta do que se eliminar a *causa,* e enunciar-se que se *ficou* com a posse. A posse, que o constituinte passou a ter, continuou a que ele tinha, transformada pela imediatização; ou melhor: houve *instante* em que toda a posse, a posse plena, se transferiu ao constitutário, *e* voltou, como posse imediata. Em toda posse imedI~ta, há *causa,* — o que determina a variedade das posses imediatas, desde a simples tença até ao uso da coisa, desde a posse do transportador à posse do que tem direito obrigacional de usar *(e.g.,* locatário), do que tem direito real *(e.g.,* usufrutuário, enfiteuta), ou do que pode consumir. A causa influi na qualidade do exercício da posse e; pois, na proteção que lhe toca. O credor pignoraticio não usa a coisa; daí a proteção da posse, em relação ao possuidor mediato, ser diferente da que se dá a outras posses imediatas. Os que têm a obrigação de ter o objeto, ou de guardá-lo, devido à causa, já se acham noutra classe. Falar-se em causa não significa que é preciso existir a relação jurídica a que se alude: o

possuidor imediato não possui, porque é locatário, ou comodatário, ou transportador, ou zelador, ou usufrutuário, e sim *como se fosse* (portanto seja ou não seja) locatário, comodatário, transportador, zelador, ou usufrutuário. Não há, ai, ficção, ou putatividade; apenas, para se aludir à causa (fática9, se lança mão de conceitos que são mais conhecidos dos juristas, por serem conceitos do mundo jurídico.

Os conceitos de posse direta e de posse imediata não são coextensivos: o dono da coisa pode ter a posse direta (E") *e,* pois. tem a posse plena (E‟ + E"). Nem os de posse indireta *e* posse própria, ou posse mediata e posse própria: o usufrutuário que aluga a coisa é possuidor indireto e pois mediato, sem ter posse própria *(Eigenbesitz).* E preciso que se dê toda a atenção à extensão dos conceitos. Sem isso, seria impossível pensar escorreito *e* exato.

3. *Posse graduada.* A concepção da posse graduada (posse mediata, ou posses mediatas, *e* posse imediata) teve opositores nos que reduziam as posses mediatas inferiores e a posse imediata a *deten tio,* a tença, "em nome" do possuidor, e os que entendiam não ser relação possessória a de quem não está em contacto direto com a coisa (= só seria posse a posse direta). Usufrutuários, arrendatários, locatários *e* administradores, ali, não seriam possuidores; aqui, seriam os únicos possuidores. Chegou-se a dizer que o fato *de* haver o conceito, no Código Civil alemão, de posse indireta (mediata), já significava que se saía do mundo fático e se erigia algo em contraste com a posse (O.

Wendt, Der míttelbare Besitz, *Archiv fOr die ciuilistische Praxis,* 87, 40 s.). Note-se o que há de residual, de reminiscência de tempos em que só o poder material, próximo, enchia o poder fático, em tal crítica à teoria contemporânea da posse. Nem se precisa justificar a existência do conceito de posse mediata, dizendo-se, por exemplo, que é a possibilidade de, extinta a posse imediata, se completar (= tornar- *se* posse plena), porque no conceito não está implícita essa alusão ao futuro, à eventualidade da extinção da posse imediata. Tanto époder fático, nos países civilizados, a posse direta quanto a indireta. Demais, a posse mediata entra como elemento do suporte fático de outras regras jurídicas que as referentes à posse *(e.g.,* legitimação passiva para a ação de reivindicação *e* usucapião). A posse mediata é fática *e* tão objetiva, que se pode ser possuidor mediato, sem se saber que se é: o herdeiro pode ser possuidor mediato, *sem* que conheça a existência de títulos que o decujo depositara em banco, ou deixara em mãos de amigo; o comprador do terreno de cerca de dez mil metros quadrados, que *ele* pensa só ir até a cerca de pequena casa, é possuidor do resto,

sem que o saiba, porque se trata de pequena porção, de duzentos metros quadrados, que o vendedor alugara a outrem. A causa não precisa ser conhecida pelo possuidor mediato.

Contra o conceito de posse mediata também se argúiu que a admissão das posses graduadas (posse mediata, ou posses mediatas, e posse imediata) importaria *em possessio plurium in solidum.* Ainda que se desse de barato que a teoria contemporânea da posse repele a *possessio plurium in solidum* (o que éfalso), não haveria por onde se encontrar tal figura na graduação das posses: o que se gradua exclui, por si só, que seja *in solidum.* Na graduação há posses diferentes, estratos possessórios, e não posses concorrentes solidariamente; coexistem elas em camadas, não com o mesmo conteúdo de poder fático. Os juristas romanos, a princípio, tiveram, ao lado da posse do precarista, a do proprietário *precario dans,* e, ao lado da posse justa, a posse injusta. Não eram idênticas, nem tinham o mesmo conteúdo de poder fático. Somente depois a construção filosófica excluiu que a mesma coisa pudesse ser objeto de diferentes posses. Mas tudo isso é inconciliável com o pensamento contemporâneo, já liberto daquelas antigas metafísicas (cf. P. Sokolowski, *Die Philosophie im Privatrecht,* II, 251 sã. O conceito de posse, hoje, não é *a priori,* e sim *a* posteriori. O *intermezzo de* luta filosófica contra a *possessio in solidum* e contra as posses graduadas, que veio até perto de nós, jogou fora o que se elaborava, até que alguns modernos entendessem que o ser inconcebível a posse de muitos resultava do conceito de posse e de que somente pode existir sobre a coisa uma posse etc. Tudo isso foi superado.

Também houve os que tendessem a restringir demasiado os efeitos da posse mediata; e.g., somente onde o possuidor imediato fosse ofendido poderia haver ofensa ao possuidor mediato (O. Wendt, Der mittelbare Besitz, *Archiu fOr die civilistische Praxis,* 87, 52). No § 869 do Código Civil alemão, foi dito que as pretensões à prestação da posse tocam ao possuidor mediato quando a força proibida é exercida contra o possuidor imediato; e daí tentaram tirar que, somente havendo aquela força, tem o possuidor mediato as pretensões. Por outro lado, por ter esse de pedir restituição ao possuidor imediato, concluiu-se que não se poderia pensar em pretensão do possuidor mediato, independente da pretensão do possuidor imediato. Ora, essa restituição ao possuidor imediato é a restituição, quanto a ele, do *status quo,* o que é óbvio que se dê, salvo se o possuidor imediato não quer, ou não pode receber a coisa. A ofensa pode ser somente ao possuidor mediato, *e* então ao possuidor imediato não interessa a pretensão daquele. Não é de

afastar-se o caso de ter interesse exatamente na turbação, como se outrem corta as árvores do terreno alugado e deixa o terreno limpo para as plantações do locatário. Algumas vezes, o possuidor imediato toma parte na ofensa, ou a permite (explorações de pedreira, cujo volume é incômodo para o locatário, e no entanto tem valor para o locador). A pretensão é, ai, evidentemente, à parte. Por onde se vê quão enganados estavam os que foram até à afirmação de que o possuidor mediato devia desistir da ação possessória, se a turbação da posse houvesse sido com a vontade do possuidor imediato, para, então, propor a ação petitória (O. Wendt, Der mittelbare Besitz, *Archiu fOr die ciuilistische Praxis,* 87, 53 s.). Mas isso seria eliminar a posse mediata, confundindo-a com o *ius possidendi.*

4.

Cessação do corpus. Na concepção contemporânea da posse, que culminou no Código Civil brasileiro, a cessação do *corpus* não acarreta, necessariamente a extinção da posse; nem na acarreta, necessariamente, a extinção do *animus.* Não se podem identificar *corpus,* ou *naturalis possessio,* com o poder fático. Por outro lado, a independência das diferentes posses é tal que se podem dar fatos na pessoa do possuidor imediato que nenhuma repercussão tenham na continuação da existência da posse mediata, e vice-versa. Há, certo, ligação entre eles, que é a *causa,* mas causa fática, pois o usufruto, ou a locação, por exemplo, podem não existir. Essa ligação depende, ordinariamente, de ato volitivo, objetivamente perceptível, do possuidor imediato; mas o herdeiro do arrendatário, que se cria dono da coisa e se portava como possuidor próprio, é possuidor imediato. "A causa", escreveu P. Sokolowski *(Die Philosophie im Privatrecht,* li, 260), "é o laço entre os dois possuidores, subordina a posse própria, certo, a diversas restrições; tem, porém, ao mesmo tempo, nele, seu fundamento, e dele, como fator por si, não se pode privar." Se o possuidor imediato perde a posse, o espaço topológico, que ele enchia, não se enche, automaticamente, com o poder fático do possuidor mediato, como acontece com o domínio *e* os direitos reais que se extinguem (não há, em matéria de posse, o *princípio da elasticidade).* O possuidor mediato tem de tomar posse *direta,* ou substituir por outrem o possuidor imediato. Se o possuidor imediato, em vez de perder a posse, a quer transformar em posse própria, a posse mediata não se extingue: o possuidor imediato invade a esfera jurídica possessória do possuidor mediato, turba-~o ou esbulha-o. A posse do possuidor mediato extingue-se por sua vontade, ou se foi, de fato, excluida, sem mais proteção possível (o possuidor imediato, ou outrem,

definitivamente o desapossou).

5. *Concepção kantiana da posse.* A concepção da posse, segundo 1. Kant, e a concepção antiga da posse têm, entre si, todo o abismo que se cavou entre a filosofia platônica e a filosofia moderna. Para os juristas antigos~ a relação de posse não só existe *a priori,* independente do ordenamento social *e* jurídico, como também é entre pessoa e coisa, donde ser condicionada por aquela *e* por essa. Para a filosofia kantiana, a relação possessória éentre pessoas, embora concernente a coisas. Se alguém possui, os outros estão como que diante dessa posse, ou sofrem essa posse. Quem possui tem, no espírito, a consideração de todos os que poderiam, se se achassem de posse da coisa, opô-la ao que ora possui. Se alguma coisa é minha, é porque posso presumir que seja possível ser prejudicado pelo ato de outrem. Além disso, para 1. Kant, a posse é o poder físico de usar, arbitrariamente, da coisa. Portanto: têm os outros de abster-se, para que se não turbe, ou se não esbulhe a posse que tenho. Essa posse é mais do que o *corpus* dos juristas romanos, porque é mais do que o contacto com a substância física da coisa; supóe que os outros se hajam de abster de tomar a coisa, ou de perturbar-me o poder que tenho sobre ela. Via ele, além da posse sensível, a posse inteligível, independente do elemento empírico *e* baseada em determinação prática do arbítrio. Além da *potestas,* seria preciso, para a posse, que, no mundo do pensamento, se tivesse a coisa como sob o arbítrio de quem a "possui." A fruta, que está em minha mão, só é minha, se posso dizer que a possuo, ainda se a ponho na mesa, ou se a entrego a alguém para a guardar. Se posso possuir, é que outrem também o pode, a respeito de coisas diferentes; e ambos nos portamos segundo lei geral. É preciso que nem eu nem os outros a contrariemos (1. Kant, *Metaphysik der Sitten,* Privatrecht, Parte Principal, §§ 5-7). O lugar sobre a terra, em que estou, não é meu, nem o possuo, se não há aquele adequamento dos meus atos com a lei geral; e posso possuir sem estar nele.

Na concepção de F. von Savigny, a definição de posse e da aquisição *corpore et animo* afastou-se da teoria romana, que ele pretendia expor. Ninguém, imergindo no passado, se livra do seu tempo; alguns, porém, levam a esse consigo. Percebe~se a influência kantiana. Há de haver o *corpus,* a atuação empírica, a *apprehensio,* e o *animus,* a vontade de ter a coisa como sua, o *animus domini.* Ora, os antigos, por sua própria filosofia, nunca falaram, nem podiam falar de *aninius dom mi.* A *Metaphysik der Sitten,* que E. Savígny leu e meditou, foi responsável

por isso.

Apagar-sela, assim, a separação entre a posse, noção metafísica, *e* o *status* jurídico, tão cara aos juristas romanos. Os próprios limites entre a posse e a propriedade esmaeceram, com os professores de direito natural e com E von Savigny; e a "vontade de tratar o objeto como seu" era puro pensamento de 1. Kant: o *animus possidentis* transmudou-se em *animus dommni.* O subjetivismo da filosofia dos séculos XVIII e XIX embebia a teoria liantiana e a de E von Savigny, razão por que não podiam separar, embora o quisessem, a posse e o direito. A própria teoria da posse, que o direito romano urdira, passou, sob a pena desse, a ser como a arquitetura "romana" do seu tempo. Daí a impossibilidade de se ajustar o direito romano, tal como foi, ao direito romano que F. von Savigny expôs. Sobre os alicerces da metafisica antiga e do subjetivismo do seu tempo, o que o romântico F. von Savigny ergueu foi o

"romance" da teoria romana da posse. No direito concernente à posse, o seu papel foi comparável ao de Lutero *e* ao de Goethe. Mais Goethe que Lutero.

Analisando-se o suporte fático da posse, segundo E von Savigny, tem-se de estranhar que o elemento *animus domini* seja, ao mesmo tempo, confusamente, fato e direito. Foram 1. Kant *e* ele os que levaram a essa escapatória de se considerarem o lado *Jático* da posse *e* o lado jurídico — sem se atender, contudo, àentrada *de todo o suporte fático* no mundo jurídico (o que a lógica do seu tempo não lhes permitia, por ser a distinção entre mundos, *e.q.,* entre

"mundo fático" e "mundo jurídico" posterior a eles) e aventurando-se que o fático tinha efeitos jurídicos, isto é, a posse é fato, mas jurídicos os efeitos dela (?). O espetáculo mais melancólico é o de se verem os críticos de E. von Savigny, ao descobrirem as divergências da teoria da posse romana com a que *ele* forjara, mergulhados no mesmo subjetivismo filosófico. A "posição de propriedade" *(Eigentumsposition),* que R. von Jhering apontava na posse, também era conceito kantiano. Rantiana, também, a definição de E. Strohal *(Succession in den Besitz,* 71): realização do poder de propriedade *(Eiqentumsherrschaft)* em sua atividade e realidade.

A proteção interdital romana destinava-se à segurança da paz, à conservação do fático. Foram os doutrinadores clássicos que insinuaram na teoria, que daí se exalava, o que correspondia às suas

convicções filosóficas do momento, buscando a relação entre a pessoa e a coisa. Campo propício à metafisica. Buscar-se a teoria romana, sem se prestar atenção à política administrativa dos interditos e à camada posterior, filosófica, que os juristas inseriram, é o mesmo que não ver o geólogo a diferença de idade dos terrenos que está a investigar. Esse trabalho de recomposição filosófica também o fizeram E von Savigny e R. von Jhering, sem se darem conta da modernização a que procediam.

6. *Diferença entre a concepção contemporânea e a concepção romana da posse.* A diferença entre a concepção da posse, no direito contemporâneo, *e* a concepção romana da posse não está apenas na composição do suporte fático (nem *animus* nem *corpus,* em vez de *animus* e *corpus,* ou de *corpus,* à maneira de R. von Jhering): está na própria relação (fática) de posse, em que os sistemas antigos viam laço entre a pessoa e a coisa, em vez de laço entre pessoas.

No caminho, está a concepção de 1. Kant, que éa do empirismo subjetivista (indivíduos e sociedade humana), a partir da posse comum *(Gesamtbesitz)* dos terrenos de toda a terra. Tal pensamento vinha de longe: era a posse do tempo de Adão, a que Albertus Weger *(De Jure Portuum,* Cap. II) em termos claros se referira: Deus fizera de Adão o possuidor inicial *e* total. Ninguém poderia admitir que fosse essa, hoje, a concepçao da posse. O jurista do século XX sabe que existem diferentes sistemas jurídicos, e nem todos dão entrada no mundo jurídico ao mesmo suporte fático; e a semelhança, ou uniformidade, a que se tende, é o resultado de investigação científica sobre a história e o papel da posse nas sociedades humanas.

As teorias, que insistiam no *corpus* e invocavam o direito romano, desconheciam, ou esqueciam que, no direito romano, o *corpus* não era elemento autônomo, não bastava, por si só, ao suporte fático, razão por que a *naturalis possessio* não tinha eficácia jurídica. Não tinha eficácia jurídica, porque: o suporte fático, com o *corpus* só, não estaria completo; não estando completo, não entraria no mundo jurídico, fazendo-se fato jurídico; não sendo fato jurídico, não podia ter efeitos jurídicos. Enquanto a *naturalis possessio* persistia só, não era fato jurídico *stricto sensu;* não podia ter eficácia jurídica. No 1 Projeto alemão, tentou-se fazer suporte fático completo a *naturalis possessio.* O que se dizia suntuoso palácio de estilo (O. Báhr, Schriften tiber den Entwurf, *Kritische Vierteljahrsschrift,* 31, 367; V. Ring, Der Entwurf, *Arcl-iiu JÍir Biirqerliches Recht,* 1,195) não fora mais do que

aglomerado de teorias recentes, a propósito do direito romano. Tão diferente o II Projeto, com o seu senso prático e a sua sabedoria discreta. Sente-se a volta ao direito romano dos interditos: "As determinações referentes à posse assentam no pensamento de que a proteção possessória é destinada a conservar a paz jurídica, pela manutenção da relação externa de poder da pessoa sobre a coisa" *(Denkschrift,* 109). O 1 Projeto partia de conceito de posse, e daí ia até à proteção, através de deduções; o II Projeto supôs o princípio da conservação do fático e logo cogitou da proteção desse.

Ao pensamento político-administrativo do direito público romano é que vai, em profundidade, o II Projeto; o 1 Projeto empegarase, em parte, na metafísica da doutrina clássica.

O Código Civil brasileiro fez-se, em matéria de posse, com elementos romanos, germânicos *e* canônicos. A pesquisa científica, que chegou ao seu mais alto grau, nos séculos XIX e XX, reflete-se nele, pela classificação de conceitos *e* pela seleção de soluções. Tem de ser interpretado, como o Código Civil alemão e o suíço, atendendo-se a que a doutrina, de que provieram, se preocupava com a v *erdade histórica* e, ao mesmo tempo, com a escolha do mais *acertado,* para a resposta a certos problemas delicados. As soluções atendem, pois, ou têm por fito atender ao melhor regramento das relações entre os homens. O conceito da *possessio* é o romano; *e* não o da *Gewere,* mais largo, menos preciso, que se não prestaria, como o de *possessio, à* modernização, que se operou com os três Códigos Civis. O

conceito romano teve a enorme vantagem de ser o de puro fato jurídico, que se examinou, tresfoliou e apurou à luz de sistema jurídico que alcançara, então, o mais alto grau atingido pela cultura. Em vez disso, a *Gewere* somente foi estudada a fundo muito tarde, como algo do passado, cujos traços persistiam. Quanto à proteção possessória, nela ressaltam a desenvoltura, a ambiência de liberdade, de civismo ativo *e* fecundo, de que, tantos séculos depois, só nos deu igual o direito público inglês, com o *habeas corpus, e* o brasileiro, com o mandado de segurança.

7. *Consequências da teoria contemporânea da posse.* A teoria contemporânea da posse excluiu que se tratasse o usufrutuário, o comodatário, o credor pignoratício, ou outros que têm o poder fático, por direito ou por dever, como possuidor em nome alheio; o ter em

nome alheio ficou ao servidor da posse, que não teria a *Gewere* (A. Heusler, *Die Gewere,* 117; O. Stobbe, *Handbuch,* II, 2ª ed., 14), posto que se considerassem possuidores imediatos alguns tenedores que não tinham a *Gewere,* por lhes faltar o direito real (cf. E. Huber, *Die Bedeutung der Cewere,* 42; A. Heusler, *Die Gewere,* 60), o que a evolução posterior corrigiu.

O Código Civil repeliu toda limitação da posse à posse de proprietário e rija distinção entre posse *e* detenção, já ultrapassada em longa evolução doutrinária. A relação possessória mostrou-se, então, em toda a sua inteireza e em toda a sua variedade: o poder fático, que está no suporte fático da posse, pode coincidir, ou não, com a propriedade; abrange a posse e a detenção romanas, a posse, a que hoje chamamos indireta, *e* a direta; a posse direta, tem-na, na posse plena, o possuidor que é proprietário, ou está na situação de proprietário, e têm-na os que eram chamados possuidores *alieno nomine* e detentores *alieno nomine* do direito comum. Com isso, não se apagou a posse indireta, que assim surgia por sobre a posse direta. Não se foi, porém, ao extremo de se deixar entrassem no mundo jurídico, como posse, todas as detenções: há a detenção que não mediatiza a posse, e a detenção que é elemento mesmo da posse de outrem, e não poderia ser tida à parte, por sua consubstancialidade, fática, com a posse de outrem, que é a do servidor da posse e a do órgão da pessoa jurídica. Não faltou quem quisesse levar até ai a rasura e unificar todo o tratamento do poder fático (e.g., 6. Cornil, *Traité de la Possession,* 85); mas sem razão, porque, aí, não é a posse que se dizia *alieno nomine,* embora *proprio nomine* o poder fático, é o próprio poder fático que é *alieno nomine,* o que impede que no suporte fático se insira o duplo elemento subjetivo, o do senhor e o do servidor da posse. Estavam certos o Código Civil alemão, § 855, e a doutrina suíça (F. Ostertag, Sachenrecht, em M. Gmúr, *Kommentar,* IV, *III,* 2ª ed., 6, 15 e 30 s.); e está certo o Código Civil, art. 487: "Não é possuidor aquele que, achando-se em relação de dependência para com outro, conserva a posse em nome deste e em cumprimento de ordens ou instruções suas.

A expressão posse em nome próprio, ou própria, que é hoje mais usada, serve a designar a posse de dono ou como dono. Éa posse do proprietário, ou a do ladrão, que também possui *animo domini.* É a posse que corresponderia ao domínio; para alguns, o tipo fundamental da posse (O. Wendt, *Besitz und Besitzwille,* 29; V. Bruns, *Besitzerwerb durch Interessen uert reter,* 62; H. Dernburg, *Das Búrgerliche Recht,* III, @ ed., 51); sem razão, porque não há tipo de posse que seja fundamental *e* a escala das posses não basta à afirmação da existência

dele. A posse de dono ou como dono pode ser só mediata, portanto não-plena; e a posse imediata pode ter antes de si muitas posses mediatas até que se chegue à posse como dono. Essa posse de dono ou como de dono somente não admite que haja posse acima dela, isto é, mediata em relação a ela. O que decide dela, na maioria dos casos, é a vontade do adquirente, em direção tal que a erija como coincidente ao conteúdo da propriedade, vontade que o incapaz e o ladrão podem ter, vontade que pode suceder a outra *(e.g.,* roubo da coisa alugada, apropriação do achádigo), ou ser sucedida por outra (locação da coisa de que se cria dono o locatário). Todavia, o *animus* pode não existir, e a teoria do Código Civil abstraiu dele. Por isso mesmo, o filho do dono da coisa, que estava depositada com o decujo, e esse, sem o herdeiro saber, adquirira, é possuidor como dono, a despeito de se crer, erroneamente, depositário, ou responsável pela coisa de que o pai fora depositário. O depositário, que herda do depositante, pensando que o decujo legara a outrem a coisa, é possuidor como dono, e não como depositário. Por outro lado, é possível que alguém possua como dono *e* como possuidor não-dono.

Tal acontece na espécie do art. 730 (dono, usufrutuário, *e* administrador-dono), na do proprietário que aluga o prédio e subloca parte dele, ou que herda a sublocação.

8. *Possuidor imediato e servidor da posse.* A respeito de coisas de algum incapaz, de que é possuidor mediato, e o titular da pátrio poder, tutela ou curatela, possuidor imediato, pode dar-se que o incapaz, possuidor mediato, seja servidor da posse do possuidor imediato. Por exemplo: o absolutamente incapaz, a que o representante legal entrega coisas, pedencentes áquele e administradas por esse (jogos, livros, ferramentas, jóias, veículos, que devem estar sob a posse imediata do representante legal); o relativamente incapaz, a que o titular do pátrio poder, tutela ou curatela, entrega o que ainda não pode ser entregue ao relativamente incapaz (o menor é servidor da posse da sua casa de campo, na ausência do pai usufrutuário, ou da sua casa em que mora o tutor, para o exercício da tutela; se a mãe, como ocorria na espécie do art. 393, antes da Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962, art. 1ª XII, não tinha o pátrio poder, e a casa, em que tem em sua companhia o filho, é do filho, há o possuidor mediato, que é o filho, a possuidora imediata, que é a mãe, e o servidor da posse, que é o filho, excluída, aí, a posse imediata do tutor).

O pai ou mãe, titular do pátrio poder, é possuidor imediato dos bens

do filho que administre. Não assim se, de fato, não têm a posse imediata, por tê-la perdido, ou não na ter assumido. Há, porém, alguns bens sobre os quais se tem posse imediata e a outro título que o do pátrio poder (art. 391, 1-1V): os bens adquiridos pelo filho havido fora do casamento antes do reconhecimento *(aliter,* antes da legitimação pelo casamento subseqúente); os bens adquiridos pelo filho em serviço militar, de magistério, ou em qualquer outra função pública; os bens deixados ou doados ao filho com a cláusula de não serem administrados pelos pais; os bens que ao filho couberem na herança (art. 1.599) quando os pais forem excluídos da sucessão (arE 1.602).

9. *Exsurgimento do conceito de posse mediato.* Procurou-se reduzir a posse mediata a *ficção,* contra a evolução histórica da teoria da posse, um tanto devido ao demasiado acentuar do poder corporal, em alguns teoristas do século passado. Ou contra o conceito de posse mediata como resultado da evolução mesma (E. Strohal, Der Sachbesitz, *Jherinqs Jahrbúcher,* 38, 7; Fr. Leonhard, *Vertretung beim Fahrniserwerb,* 70). Enquanto não se consideravam posses (= fatos jurídicos *stricto sensu)* as "detenções" do locatário, do comodatário *e* outras, era possível abstrair-se da *relação* entre posses, — a detenção era *alieno nomine.* Uma vez que esses supodes láticos puderam entrar no mundo jurídico, como posses, tinha-se de ver que umas ficavam por cima das outras (posse do dono da coisa, posse do usufrutuário, posse do locatário); e surgiu, apenas, o problema de terminologia, donde os nomes propostos (sobreposse, subposse, *Oberbesitz, Unterbesitz,* E. Endemann, *Lehrbuch,* II, *1,* 125 5.; H. Lehmann, em Enneccerus-Lehmann, *Lehrbuch,* II, 64; posse indireta, posse direta; posse mediata, posse imediata). Nem sempre há perfeita sinonímia. No correr deste Tomo X caracterizamos, rigorosamente, cada espécie.

Houve tempo em que o apontar-se a relação de posse como social satisfazia a certos espíritos *(e.g.,* E. 1. Bekker, *Das Recht des Besitzes,* 190; *Die Aktionen,* II, 332 s.; L. Goldschmídt, *Grundlagen der Besitzlehre,* 68 s.). Mas nºonde, com isso, caracterizar-se a posse, se o elemento individual é ineliminável? Ou o sistema jurídico recebe o fato da posse como fato juridico *stricto sensu,* ou tem de conceber como fato ilícito a ofensa à posse, por infração do principio da conservação do fático. Aquela explicação satisfaz, porque o principio da conservação do fátíco seria insertável no sistema jurídico (= princípio da incolumidade da posse como possível fato jurídico *stricto sensu);* a segunda deixá-lo-ia fora do sistema juridico, porque só se

reputaria fato do mundo jurídico a infração. Tal atitude, tendente a evitar que se pense em posse fato jurídico *stricto sensu,* falharia aos seus propósitos, pois o ilícito se haveria de decompor *e* a análise teria de buscar qual o princípio infringido, para que o *contrário a direito* se tivesse por ilícito.

Por onde se vê que a solução científica está em se ter a posse como fato jurídico *stricto sensu,* e o principio da conservação do fático como princípio jurídico fundamental, que exsurge, aqui *e* ali, em todo o mundo jurídico. *Quieta mm movereI*

10. *Posse e exercício do direito.* A posse nada tem com o existir, ou não, o direito real, ou pessoal, a que pudesse corresponder. Essa correspondência mesma não existe. O que fez e faz pensar-se nela é apenas o fato de existir no exercício de alguns direitos, que consiste em poder fático sobre coisas, o mesmo conteúdo que se observa em *certos* casos de posse. Há, portanto, casos de posse que não consistem em exercício de direito; e há exercício de direitos que não consistem em qualquer poder fático a que se possa chamar posse. Por aí se vê quão vicioso é falar-se em exteriorização do direito, aparência do direito, ou quejandas confusões conceptuais. A posse, essa, é poder fático sobre coisa, sem que se possa pensar em posse de direito, ou de situação jurídica correspondente a direito. O credor pignoratício, que tem posse, não tem posse só por ser credor pignoraticio; tem-na porque a adquiriu e a conserva, *e* não porque seja credor pignoraticio. O direito à posse é outro conceito, que aqui não vem ao caso, O locatário, que tem posse, não tem posse por ser locatário; tem-na porque a adquiriu *e* a conserva, e não porque seja locatário. Ter direito à posse não é ter posse; e a posse nada tem com esse direito, tanto que pode existir e ser protegivel contra ele. Diga-se o mesmo do depositário, do administrador, do mandatário ou do representante. Houve quem se insurgisse contra o art.

486 do Código Civil, que diz: “Quando, por força de obrigação, ou direito em casos como o do usufrutuário, do credor pignoratício, do locatário, se exerce temporariamente a posse direta, não anula esta às pessoas, de quem eles a houveram, a posse indireta.” Primeiro, não é esse o critério que se há de seguir na interpretação das leis. Segundo, o Código Civil, art. 486, está certo em não identificar a posse com o exercício do direito, se bem que o conteúdo do exercício do direito possa consistir em ou conter posse. Temos de eliminar toda proposição em que se incida nessa identificação, como a do Código Civil de Zurique, art. 60, que falava de posse de usufruto, posse de penhor,

posse de arrendamento e posse de locação (aliás, os intérpretes, como J. K. Biuntschli, *Priva trechtliches Gesetzbuch fúr den Kanton Zúrich* II, 17, desde o direito anterior, que tinha igual texto, liam as proposições como referentes à posse da coisa). Ou como as que pululam nos escritos de A. Randa *(Der Besitz,* 89 s.) *e* R Krtickmann (Sachbesitz, Rechtsbesitz, Rechtsschein, *Archiv fúr die civilistische Praxis,* 108, 186 s. e 192 s.). J. O. Kierulff *(Theorie des gemeinen Civilrechts,* 361) escrevera que a posse não é mais do que o exercício do conteúdo de um direito, abstraindo-se do direito; mas, com isso, não disse que a posse é *o* exercício do conteúdo de um direito, abstraindo-se dele, mas apenas frisou que, para ele, a posse é o exercício de conteúdo que seria também de algum direito que se exercesse.

Ainda assim, a proposição tem o defeito de se prestar a confusões. Mais graves são os conceitos que levam a identificação a toda a explicitude possível, explicítude a que não ousaram ou não puderam chegar os próprios juristas medievais (J. Domat, *Les Lois civiles,* 111, Título VII, s. 11, nº 16: ... *l‟usage de Ia possession est d‟exercer le droit de propriétê).* A isso não se forrou R. von Jhering, com a noção de faticidade *(Tatsachlichkeit)* ou exteriorização da propriedade. Ora, o poder fático é aquém do direito, elemental, com os seus cômodos e incômodos também fáticos *(commoda et incommoda possession is),* que não são as vantagens, ulteriores, decorrentes da proteção possessória. A posse é suporte fático que *ainda* não entrou no direito, ainda não é fato jurídico, por mais completo que esteja. O

problema está em se saber quando é que esse suporte fático se cobre com a incidência de alguma regra jurídica.

Reduzir a posse a exercício de direito, e.g., do domínio, é pôr aquém da posse, que se passa no mundo fálico, o que já resulta de outros fatos jurídicos, uma vez que direitos são efeitos jurídicos. Se isso correspondesse à realidade, a proteção à posse seria espécie de proteção dos direitos. Em verdade, há situações possessórias que de modo nenhum, são situações de exercício do direito de propriedade, posto que possam corresponder a algumas delas. O não-proprietário pode possuir; o que deixou de ser proprietário pode continuar de possuir. Não se adquire a posse, pela *apprehensio,* como exercício de direito de propriedade: não há correspondência entre a *apprehensio* e o exerciciio de direito de propriedade; aquela pode coincidir com esse, porém não é necessário que isso se dê; nem todos os atos de exercício do direito de propriedade são atos possessórios, nem todos os atos possessórios são atos de exercício de direito de propriedade. O proprietário que não pratica qualquer ato de exercício do direito de propriedade pode continuar de posse e até vir a possuir. O abandono

da posse (art. 520, 1), que é ato-fato jurídico, pode não acarretar abandono da propriedade (art. 589, III); *e, se* é cedo que o abandono da propriedade implicitamente importa abandono da posse (arts. 589,111, e 520, 1), porque há de ocorrer o ato-fato jurídico, a renúncia da propriedade (art. 589, II) pode não ser seguida de abandono da posse (art. 520, 1). A posse não se renuncia, porque só se renuncia a direito, pretensão, ação ou exceção. Daí a falsa questão que tem atormentado os juristas: se a declaração expressa de não mais querer possuir importa em abandono da posse. Ora, quando alguém põe o cartaz "Nada temos com este terreno, N", ou declara que não é possuidor", apenas enuncia que nunca foi possuidor ou, se o foi, deixou de o ser, por abandono da posse ou outra causa de perda. Aliás, tal declaração pode ter sido falsa, e.g., o possuidor só a fez para evitar multas, continuando de ser possuidor (mundo fálico!). Na L. 3, § 6, D., *de adquirenda vel amittenda possessione,* 41, 2, Paulo disse: "Também para se perder a posse é de intervir a disposição *(ali ectio)* do que possui. Assim, se (acontece) que estejas em fundo *e* no entanto não o queiras possuir, perdes imediatamente a posse. Portanto pode-se perder, posto que não se possa adquirir com o só ânimo." No entanto, a respeito da propriedade, diversamente se estabelecia:

"A diferença entre o domínio e a posse está em que o domínio permaneceu sendo, não obstante o dono não no querer ser, enquanto a posse se perde desde que se constitui não querer possuir. Se, pois, alguém entregou a posse com a intenção de que depois se lhe restitua deixou de possuir." A distinção entre abandono da posse e abandono da propriedade acentua-se nos arts. 520, 1, *e* nos arts. 592, *verbis* "abandonada", *e* 589, III, e § 2ª mas havemos de atender a que, no sistema jurídico brasileiro, se abstraí assim do *animus* como do *corpus.*

O Código Civil brasileiro, art. 485, não disse que se considera possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, do direito de domínio ou de outro direito real, mas todo aquele que tem de fato o exercício de algum dos poderes inerentes ao domínio ou à propriedade. Mantém-se o conceito do mundo fático, a despeito da alusão, só para se definir, ao mundo jurídico. Quanto ao conteúdo da posse, pode ela consistir em exercício de *usus* e tem-se a posse do usuário, do usufrutuário, do locatário, ou como exercício de *fructus,* ou de *abusus.*

A diferença entre o exercício dos poderes, que se contêm no direito de propriedade, pelo proprietário, *e* a posse, exercício de um dos poderes que poderia ter o proprietário, não é só quantitativa, é, também, em

alguns casos, qualitativa. O que se deixa ao locatário, ao credor pignoraticio, ao usufrutuário, ao usuário, ao titular do direito de habilitação, ao depositário, pode ser *minus* e ser *aliud.* Daí não ter sido errado o que se escreveu no Código Civil, art.

485: "exercício, pleno, ou não, de algum dos poderes inerentes ao domínio, ou propriedade." Não precisa serem todos ou alguns ou algum dos poderes; basta ser todo ou parte de algum desses poderes. A alusão à parte é para se exprimir a diferenciação qualitativa, que eventualmente pode ocorrer.

§ 1.065. *Causa* possessionis

1. *Relação possessória. Causa possessionis* é o fato que dá a representação da relação possessória a respeito da coisa; mais do que causa, — razão fática da posse; é a maneira pela qual o sistema jurídico preestabelece que se crie a posse,

— *origo nanciscendae possession is. De* modo que a criação "injusta" da posse, no sentido do art. 489, isto é, a posse violenta, ou clandestina, ou precária, é *causa possession is.* (Quanto à precariedade, é preciso ter-se todo o cuidado com o emprego do adjetivo "precária": *precarium* e posse precária não são o mesmo; quando *se* fala de posse precária já se afirma que há posse, isto é, que, a despeito da situação que tinha a pessoa, em relação ao possuidor, a posse se estabeleceu. 4ssim, se A emprestou a 3 o terreno, e esse dele tomou posse, como seu, praticando, portanto, atos que exorbitam do conteúdo do comodato, a posse de 3 é precária em relação a A.) No direito romano, a teoria da causa encontra bases seguras, como teoria alusiva à receptividade do mundo jurídico quanto ao suporte fático que se compôs. Apenas há *causae,* hoje, que não existiam no sistema ju$dico romano. Livre dos pressupostos do *animus* e do *corpus,* o sistema jurídico brasileiro encontra no poder fático e na *causa possessionis* o elemento, que vem de fora, do mundo fático, e o elemento que, à entrada do mundo jurídico, o conforma, se já não vem conformado o suporte ático.

Se se trata *de res nuilius,* a posse de dono supõe, simultaneamente, a ocupação, que é modo de adquirir a propriedade.

A posse de locatário depende, apenas, do poder fático e da *causa possession is,* como se alguém toma de aluguel ao inventariante o

prédio que foi objeto de renúncia (art. 589, II, e § 1ª não confundir com o abandono, art. 589, III, e §

2ª), ou se toma emprestado a alguém que não é dono, nem possuidor, o automóvel velho que alguém derrelinqúiu na estrada. Hoje, é possível pensar-se na posse imediata da *res nuilius,* assunto de que se cuidará a propósito da posse imediata: posse imediata, mas *nada de* posse mediata.

2. *Mudança da causa.* Na *causa possessionis* está a razão dos vícios da posse: se o possuidor está ausente, ou em situação, ou em circunstâncias tais, que permita a alguém tomar posse, sem que o perceba, — há posse, mas viciosa, pela clandestinidade *(clam);* se o possuidor é esbulhado, por violência *(vi),* há posse, mas viciosa; se alguém, em quem o possuidor confiou, se faz possuidor, há posse, mas viciosa *(mutatio causae possessionis* ou substituição da *causa possessionis à causa detentionis,* com ofensa ao princípio *Nemo ipse sibi causam possessionis mutare potest)*.

(a) A *mutatio causae possessionis* há de resultar *a)* de acordo entre o possuidor precedente, ou mediato, e o que se faz possuidor pleno, ou de outra causa, ou *b)* unilateralmente. Na li. 9, § 9, D., *de rebus creditis,* 12, 1, Ulpiano diz: *Deposui apud te decem, postea permisi tibi uti: Nerva Proculus etiam antequam moveantur, condicere quasi mutua tibi haec posse aiunt, et est verum, ut et Marceilo videtur: animo enim coepit possidere* Assim: "Dei-te em depósito dez moedas; depois te permiti usares:

Nerva e Próculo dizem que ainda antes de as utilizares posso reclamá-las, pela *condictio,* como dadas em mútuo, e é verdade, como a Marcelo também parece, porque começou a possuir com (tal) intenção, por conseguinte o risco passou ao que solicitou o mútuo, e poderá, pela *condictio,* ser reclamado o dinheiro." O mútuo começa com o contrato; nele está contido o elemento necessário, o acordo, tara a *mutatio causae possession is.* Mudada a causa, muda a posse (à posse de depositário substitui-se a de mutuário). Na L. 10, Ulpiano completa o seu pensamento: *Quod si ab initio, cum deponerem, uti tibi si voles permisero, creditam non esse antequam mota sit, quoniam debitu iri non est certum.*

Se, desde o início, ao depositá-lo, te permiti usares dele, se quisesses, não há crédito, antes que seja utilizado, porque não é certo que se constituiu o débito.

(b) A *mutatio causae possessionis pode* resultar de *interversão* pelo possuidor imediato, tal como se o depositário ou comodatário, ou locatário, se faz possuidor como dono, ou o depositário, a seu talante, se torna lo catário, ou comodatário. Os jurisconsultos romanos aí atendiam à vontade, porém de modo nenhum a tinham por bastante. Por isso, Paulo (L. 3, § 18, D., *de adquirenda vel amittenda possessione,* 41, 2) pré-excluia o furto, se só havia a intenção: seria preciso a *contrectatio;* e Celso (L. 68, *pr.,* D., de *furtis, 47,* 2) esclarecia: *Infitiando depositum nemo facit furtum (nec enim furtum est ipsa infitiatio, licet prope furtum est): sed si possessionem eius apiscatur intervertendi causa, facit Jurtum.* Negando o depósito, ninguém comete furto (porque a própria negação não é furto, ainda que próxima do furto): mas, se toma posse dele, *intervertendi causa* (isto é, trocando a causa do depósito pela causa de propriedade), comete furto. Portanto, não bastaria a intenção de interverter (L. 3, § 18, 41, 2); nem, ainda, a negação do depósito: seria preciso que à negação do depósito se juntasse o poder fático de dono, dando causa à interversão. Texto de Papiniano (L. 47, D., *de adquirenda vel amittenda possessione* 41, 2) parece que, posto, no tempo, entre os dois, *se* satisfazia com a simples mudança de vontade: *Si rem mobilem apud te depositam aut ex com modato tibi possidere neque reddere constitueris, con festim amisisse me possessionem vel ignoran tem responsum est: cuius rei forsitan dia ratio est, quod rerum mobilium neglecta atque omissa custodia, quam vis eas nemo alius invaserit, veteris possessio?vs damnum adjerre consuevit: idque Nerva filius libris de usucapionibus rettulit.* Se entenderes possuir como tua *(tibi possidere)* a coisa móvel, a ti dada em depósito, ou em comodato, *e* não a restituir, respondido está que imediatamente perdi a posse, ignorando-o: talvez a razão disso esteja em que, descuidada ou omitida a custódia dos bens móveis, foi costume que se prejudicasse a antiga posse, ainda que outrem não na houvesse tomado: e disse-o Nerva filho, no livro *De usucapionibus.* ~Discordava Papiniano de Celso; e Paulo, de Papiniano? Tudo se circunscreve à questão da necessidade da *contrectatio.* Entenderam alguns que não há discordância (E von Savigny, *Das Recht des Besitzes,* 366; Ed. Vermond, *Traité de Ia Possession,* 264; J. Duquesne, *Distinction de la Possession et de la Détention,* 250 s.). Cumpre observar que a L. 47 não se estendia aos escravos, que eram coisas racionais (cf. E. Kniep, *Der Besitz,* 145 s.). Todavia, P. Sokolowski *(Die Philosophie im Privatrecht,* II, 418 e 425, notas 391 e 409) sustentou que a L. 47 disse outra coisa: não há, ai, *mutatio causae,* mas, após a derrelicção e a ignorância, há a *invasio.* Assunto inteiramente diferente daquele de que se ocuparam Celso e Paulo.

A crítica contemporânea há de entender que a negação do depósito não basta para que se dê a interversão, ou o furto, quando a supõe (apropriação indébita). Porque negar não é afirmar outra relação: quem nega ser depositário, *e* tão-só, não afirma que é possuidor como dono. Por outro lado, negar ser depositário e afirmar que é possuidor como dono não é possuir; não possui o que, não tendo o poder fático, afirma que possui, ou nega que seja depositário e afirma que possui. A afirmação de ser possuidor como dono, por parte do que é depositário, somente importa em posse de ladrão, se a coisa lhe foi entregue. No direito brasileiro, tem-se de atender ao art. 497, 2ª parte.

3. *Nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest.* Celso, na L. 18, *pr.,* D., de *adquirenda vel amittenda possessione,* 41, 2, diz que "posso possuir em nome de outrem (isto é, passar a possuir em nome de outrem) o que possuo em meu nome; porque não mudo a mim a causa da posse, mas deixo de possuir, e faço possuidor a outrem, por ato meu *(ministerio meo); e* não é o mesmo possuir que possuir em nome de outrem; e o procurador presta o seu mister para a posse de outrem." Marcelo, na L. 19, § 1ª: "O que entre os antigos se escreveu sobre ninguém poder mudar-se a si mesmo a causa da posse *(neminem sibi causam Possessionis posse mutare)* é de crer-se que se pensou do que, estando de posse com o corpo e com o ânimo, só determinou possuir a coisa por outra causa, não se alguém, demitida a primeira posse, quis alcançar de novo, por outra causa, a posse da mesma coisa." O conteúdo do princípio é, portanto, *hoje,* o de que não pode quem possui como possuidor mediato fazer-se possuidor imediato, ou vice-versa, nem o que possui por certa posse mediata passar, a seu talante, a possuir por outra posse mediata, nem o que possui por posse imediata como usufrutuário, usuário, locatário, credor pignoraticio, mandatário, passar a possuir por posse imediata de outra espécie. Se advêm outra causa, não há mudança; há perda de uma posse e aquisição de outra, o que Marcelo explicou. Certa vez, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal (7 de abril de 1942, *RJB* 57/44; *RD* 141/291; já antes a Câmara Cível do Tribunal de Apelação de Minas Gerais, 20 de julho de 1938, *RF* 76/332), achou ser o art. 492

"superfluidade rematada", puro truismo. Verdade é, porêm, que o art. 492 contém mais do que o *Nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest.* Diz o art. 492: "Salvo prova em contrário, entende-se manter a posse o mesmo caráter com que foi adquirida." A posse, tal qual se iniciou e se prova, presume-se continuar. Não somente quanto à causa que faz a espécie da posse. Quanto às qualidades e aos vicios; quanto ao caráter, em sentido estrito, que, se fosse o da regra jurídica do art.

492, não conteria ela o principio a que se referiram Celso e Marcelo. Não se tire do art. 492

qualquer presunção de propriedade; a linguagem da lei foi precisa: o mesmo caráter com que foi adquirida a posse.

Não se intrometa aí qualquer presunçao de propriedade; o que se presume é a continuidade do caráter da posse. A posse que foi adquirida de má-fé presume-se que continuou posse de má-fé; a que foi adquirida de boa-fé presume-se que continuou posse de boa-fé; a que exsurgiu justa, presume-se continuar justa; a que foi adquirida clandestinamente, ou por violência, presume-se que continuou clandestina, ou violenta; a que foi precária de início, presume-se continuar precária. Já é interpretação larga a que atribui ao art. 492 conter o *Nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest,* no sentido de *causa* da posse mediata ou imediata, — o que se justifica devido a ter o sistema jurídico como posse a do que não é possuidor próprio *(Eigenbesitzer)*. Se A possuía a casa como locatário e a comprou, houve *causae mutatio,* que não decorreu de ato unilateral de A, *e* sim do acordo de transferência em que foram figurantes A e 8.

Tem-se de Juliano, na L. 33, § 1, D., *de usurpationibus et usucapionibus,* 41, 3: "O que vulgarmente se diz que não se pode mudar a si mesmo a causa da posse *(ipsum sibi causam possessionis mutare non posse)* é sempre verdadeiro quando alguém saiba que não possui de boa-fé *e* comece a possuir para criar lucros; e pode-se provar isso pelo seguinte. Se alguém tiver comprado, cientemente, o fundo a alguém de que não era possui-o como possuidor: mas, se o houver comprado a seu dono, começa de possuir como comprador, e não se considerará que se mudara a si mesmo a causa da posse. E o mesmo direito terá ainda que o haja comprado a quem não era dono, estimando que era dono.

Mesmamente, se houver sido instituído herdeiro pelo dono, ou houver recebido a posse de seus bens, começará de possuir o fundo qual herdeiro. Demais disso, se houver tido justa causa para estimar que foi herdeiro ou possuidor dos bens do dono, possuirá o fundo *pro herede e* não se entenderá que se mudou a si a causa da posse. Admitindo-se, pois, isso, a respeito da pessoa de que há a posse, ~quanto mais se há de admitir a propósito do colono que não tem nenhuma posse nem em vida do dono, nem falecido esse? E, em verdade, se o colono houver comprado, falecido o dono, fundo a alguém que ele cria ser herdeiro do mesmo *(ab eo)* ou possuidor dos bens, começa de possuir como comprador." Ai só se tem de alterar o que se alterou na teoria mesma da posse: o colono, hoje, tem posse, a posse imediata; mas também *ele*

não pode mudar, a si, a causa da posse, posto que possa, adquirindo a posse mediata, passar a ser possuidor próprio. Se alguém que pode assumir a posse imediata a certo dia o faz, não infringe o princípio *Nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest:* porque, por exemplo, a *conductionis causa* acabou e, com a *deiectionis causa,* outra posse se iniciou (cf. Marcelo, na L. 12, e Papiniano, na L. 18, *pr.,* D., *de vi et de vi armata,* 43, 16). Na L.

2, § 2, D., *pra herede,* 41, 5, Juliano informa ter dito Sérvio que o filho não usucape a coisa doada pelo pai, por ter crído que a posse natural se achava em poder do mesmo, em vida.

Com o princípio *Nemo causam possessionis sibi ipse mutare potest* pôs-se claro que a vontade é inoperante, o que importa éa composição do suporte fático da posse. Disse-o R. von Jheríng *(Der Besitzwille,* 358 s.) por outras palavras: exprimiu-se a impotência da vontade subjetiva em relação à regra jurídica objetiva.

Mas tal pensamento supõe regra jurídica que incide a cada nascimento da posse, o que traria a posse, sempre, para o mundo jurídico, desde logo. Aliás, o princípio apanhava as posses no mais vasto sentido, de modo que também o detentor não se podia mudar a causa de detenção, fazendo-se possuidor (L. 2, § 1, D., *pra herede vel pro possessore,* 41, 5). *Quieta* non *movere!*

A Câmara Civil do Tribunal de Apelação de Minas Gerais, a 20 de julho de 1938 (1W 76/332), disse, muito bem, que "quem possui *pra locatore* não pode, por efeito de seu puro alvedrio e sem mudança de causa, passar a possuir *pra emptore",* mas, "ocorrendo mudança do título da posse, o caráter desta se transforma como no caso em que o possuidor por locação se torna possuidor *pra emptore."*

Quanto ao conteúdo de possessionis na expressão *causa possession* is, cumpre advertir-se em que *a)* não se cogita apenas da *causa iuris,* nem somente da *virtus* ou do *vitium* da posse (sem razão, A. Pernice, *Labeo,* II, 191). Daí falar-se, no art. 492, como abrangente da *virtus* e do *vitium* como da *causa iuris.* Melhor teria sido a explicitu~: causa *e* caráter. Mas é isso o que se há de ler no art. 492. Por outro lado, embora nos textos romanos se fale de *mutare,* o principio apanhava e apanha os casos de inicio, as relações nascentes de posse. Mostrou-o R. von Jhering *(Der Besitzwille,* 360), com exemplo na L. 13, D., *de* donationibus, 39, 5.

O princípio incide em matéria de usucapião. Não só se proibe a mudança da detenção em posse, ou da posse só imediata em posse plena, ou vice-versa, ou em posse de boa-fé a de má-fé, ou em posse virtuosa a posse viciosa, ou em posse *pra herede* a posse de outra causa, como a mudança inversa. O art. 492 também se há de invocar em matéria de tença.

4. *Relação a respeito da coisa, e* não com *a coisa.* A própria noção de *causa possessionis* teve de se esvaziar da influência de antigas filosofias que viam na posse relação da pessoa com a coisa. Assim quando V. v. Liebe *(Der Besitz ais Recht* ín thesi, 26 s.) definiu a *causa possessionis* o fato que determina a represenfação do detentor *e* do possuidor sobre a relação dele com a coisa, ainda era vitima do pensamento antigo ontologístico. Hoje, a *causa possessionis* e a *causa detentionis, e.g.,* a de serviço da posse, são os fatos que dão a representação da relação possessória, ou detencional, *a respeito da* coisa. A relação, aqui e ali, é entre homens, a propósito da coisa, e não entre o homem e a coisa. Sempre foi assim, mas a mentalidade jurídica antiga não podia captar a natureza *social* da relação possessória ou detencional. Aliás, ao definir a *causa possessionis* como abrangente da *causa detentionis* (senso estrito), V. v. Liebe somente podia aludir à *possessio naturalis,* — o que seria ambíguo, porém não absurdo, como parecera a J. Baron (Zur Lehre vom Erwerb und Verlust des Besitzes, *Jahrbúcher fúr die Dogmatik,* VII, 156). Certo, hoje em dia, melhor é repelir-se o sentido largo, e dístinguirem-se *causa possessionis* e *causa detentionis.* A propósito, ainda convém advertir que nada justifica que se substitua *causa* por outra expressão, como *"caráter* da posse", que J.

Th. Schirmer (Uber den Verlust des Besitzes, *Zeitschrift fOr Zivilrecht und Prozess,* 11, 433 s.) propunha.

5. *Primeira causa da posse.* A *prima causa possessionis* é que decide, projetando-se no futuro. Daí resulta o ser justa ou injusta a posse, ser de boa ou de má-fé. Na L. 6, *pr.,* D., *de adquirenda vel amittenda possessione,* 41, 2, Ulpiano explicou que possui clandestinamente o que furtivamente entrou em posse, ignorandoo o que possuía; mas o que depois se oculta não possui clandestinamente, porque não se investiga a razão de obter a posse *(ratio obtinendae possession is),* mas a origem da obtenção (origo *nanciscendae possession is).* Tem-se de considerar a origem, em rela-

ção a alguém; donde dizer Pompônio que adquire clandestinamente a posse o que, temendo futura controvérsia, entra furtivamente em posse, *ignorante eo quem metuit,* ignorando-o aquele a que temia. (Quem se apossa *clam* teme que, não sendo *clam* a aquisição, alguém obste a essa.) Na L. 10, *pr.,* D., *de usurpationibus et usucapionibus,* 41, 3, Ulpiano esclareceu: "Se coisa alheia é comprada, pergunta-se: jpara que ocorra a usucapião, exigimos acaso que tenha boa-fé o começo da compra, ou o da entrega? E prevaleceu a opinião de Sabino *e* de Cássio, que atendiam ao começo da entrega." Na L. 2, § 13, D., *pro ernptore,* 41, 4, também se fala do inicio da posse sem vicio. Para que à posse de má-fé suceda a de boa-fé é preciso que aquela acabe *e* essa se inicie. Africano, na L. 40, § 2, D., *de adquirenda vel arnittenda passessione,* 41, 2, explicita: Comprei de boa-fé a Ticio escravo teu, e possuí o que me foi entregue (et *traditum possedi);* depois, quando descobri que era teu, comecei de ocultá-lo para que mo não pedisses. Disse que por isso parece que possuo clandestinamente durante esse tempo: pois, se também antes houvesse eu comprado, cientemente, escravo teu a quem não era o dono, pelo fato de ter começado a possuir clandestinamente e depois ter-te feito saber, nem por isso deixaria eu de possuir clandestinamente.

O que se estabelece é presunção: *non enim ratio optinendae possession is, sed origo nanciscendae exquirenda est* (L. 6, *pr.,* D., *de adquirenda vel amittenda possessione,* 41, 2).

A presunção é a de que se cogita no art.492.

§ 1.066. Posse, fato jurídico

1. *Entrada da posse no mundo jurídieo.* A posse, quando se considera como fato jurídico, é a *fonte* dos direitos, pretensões, deveres, obrigações, ações e exceções de ordem possessória. Então, tem-se de falar do suporte fático da posse, que é o poder fático sobre a coisa, e de sua entrada no mundo jurídico. Se A construiu o casebre no terreno, —

em que ninguém se opôs ao início de seu poder fático, ou a despeito de alguém se ter oposto, — A é possuidor, ali pacífico e aqui violento. Somente quando já se considera a posse como fato jurídico, de que se irradiam direitos e deveres, é que se pode falar em "transmissão da posse", que é abreviação de "transmissão de direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações e exceções oriundos do fato jurídico da

posse.“ No momento em que o possuidor transmite, o ato de transmissão entra no mundo jurídico e, implicitamente, dá entrada à posse, porque, sem tal entrada, a transmissão mesma não entraria. Não se há de negar que, no mundo fático, a posse, suporte fático, mude de elemento subjetivo (A dá a B a coisa); portanto, que se transmita. Porém não é disso que se fala quando se diz que se transmitiu a posse aos herdeiros, ou ao sucessor entre vivos, singular ou universal. Assim se supera a questão de ser fato ou direito a posse.

O conceito de poder fático, que basta à posse, depende do tráfico. A sociedade fixa-o; o direito interpreta sua fixação, para assegurar a vida de relação, com a exigência de não-violência, não-clandestinidade *e* não-mudança de causa não-possessória em *causa possession is,* e não-mudança da *causa possessionis* noutra *causa possession is.* As circunstâncias decidem se o empreiteiro tem posse, ou se apenas serve à posse; pode bem ser que se caracterize posse própria que se perde a cada inserção de material na obra empreitada.

2. *Elementos históricos na concepção hodierna.* Na concepção contemporânea da posse, há elementos romanos e elementos germânicos. *(a)* A abstração do *animus* é de origem germânica, pois a *Gewere,* a saisina, a *vestitura,* a investidura, do direito medieval alemão, é puro poder fático sobre a coisa, de modo que, sem o *animus dominantis,* se podia ser possuidor. Por outro lado, a atenção ao que se vê nos efeitos fáticos (percepção material dos frutos, detenção da coisa, percepção de serviços, dízimas, quotas de frutos) abriu caminho a se dar entrada, como posse, ao poder fátíco do usufrutuário, do usuário, do habitador, do locatário, do enfiteuta, do foreiro, do *colono.* Não é de espantar que a palavra *Gewere* também tivesse o sentido de posse-direito (conjunto dos direitos e deveres derivados do poder fático sobre a coisa): a diferença entre a concepção romana e a germânica já se caracteriza na composição do *suporte fático;* o que uma considerava indispensável a outra dispensava (o *animus).* Depois de entrar no mundo jurídico o suporte fático, que podia não ser suficiente para o direito romano, a irradiação de efeitos do fato jurídico era normal; e daí falar-se de *Gewere* como conjunto de direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações e exceções derivados do poder fático sobre a coisa. A transmissão operou-se com o consentimento formal (abstração do *corpus)* e pela morte (porque o morto consentira antes de morrer), segundo o principio *Le mort saisit le vif.* Mais: o que era despojado pela violência continuava possuidor, para a eficácia possessória. Tal elemento aparece onde quer que se afirme que a *civilis*

possessio não desaparece com o esbulho (cf. Gabriel Pereira de Castro, *Tractatus de Manu Regia,* 1, 67-69; Manuel Álvares Pêgas, *Resolutiones Forenses,* II, 842; A. Heusler, *Die Gewere,* 314 e 452 5.; Preussisches Alígemeines Landrecht, 1, 7, § 122). Quanto à eficácia transmissiva do registro, que se tinha no direito da *Gewere,* não a temos hoje: o registro transfere o domínio, — não a posse; a posse é transmitida em virtude do acordo de transmissão de posse *mais* o elemento fático (poder fático, entrega *brevi manu,* entrega *longa manu,* constituto possessório), ou cessão da pretensão à entrega. A situação do titular do direito de propriedade segundo o registro de imóveis não é idêntica à posse; nem conviria dizer-se, como no direito austríaco, posse tabular *(Tabularbesitz);* primeiro, porque a pessoa em cujo nome está registrada a á~uisição do imóvel, sem ter posse, não pode invocar proteção possessória, — só lhe assiste a pretensão à imissão na posse; segundo, não adquire por usucapião, pois que lhe falta um dos elementos do suporte fático da usucapião, que é a posse (cf. art. 551, *verbis* "possuir como seu"). O registro da propriedade, sem a posse, cria a presunção da propriedade, não a da posse. Por mais que a transmissão, concernente ao dominio, e *o* registro, no tocante a direitos reais, e a situação possessória se pareçam, toda identificação é falsa. *(b)* O direito romano deu-nos o conceito de posse, mas o elemento germânico encheu-o com outro conteúdo. Segundo a doutrina romana, a posse requeria o *corpus,* poder físico sobre a coisa, e o *anirnus sibi habendi,* com as ondulações de opinião, que as diferentes filosofias dos juristas determinavam. Na exposição de R. von Jhering, refletiu-se o elemento germânico do pensamento, com que *ele* procurou explicar a concepção romana, "criando" teoria objetiva "romana" da posse. Muito de artificial havia nos seus estudos, para que pudesse substituir-se à explicação savignyana, também não livre do artificio *(e.g.,* influência kantiana), a sua. Tratava-se de luta entre o pensamento romano *e* o pensamento romano-germânico, a propósito do direito romano. Falsa, como teoria romana, a teoria de R. von Jhering foi um dos elementos mais prestantes para se ultimar a separação da teoria contemporânea da posse, que as sucessivas "voltas a Roma" *e* a extrapolação canônica comprometiam.

Quanto à eficácia do fato jurídico da posse, a legitima defesa possessória, em parte, e a justiça de mão própria (art. 502, *verbis* "esbulhado") são de origem germânica. Outrossim, a ação do art. 521. A ação de força velha (art. 523, 2ª parte; arg. ao art. 924, 2A parte, do Código de Processo Civil) supóe ter a posse o esbulhado, já fora da proteção interdital.

3.

Posse, fato jurídico. Depois de falarem de posse como *fato jurídico,* de que se irradiam efeitos, os juristas restringem-se, de ordinário, a falar dos direitos, pretensões, ações *e* exceções que dela provêm. Olvidam os deveres e obrigações da posse. Como fato jurídico, dela emanam uns *e* outros. Os deveres e as obrigações são, principalmente, entre possuidores in *solidum,* ou possuidores de mão-comum, ou titulares de posses graduadas (posse mediata, ou posses mediatas, posse imediata). Mas há-os entre possuidores de terrenos vizinhos (deveres possessórios de vizinhan-

ça) *e* também entre possuidores e proprietários.

(a)

O art. 1.529 diz: "Aquele que habitar uma casa, ou parte dela, responde pelo dano proveniente das coisas que dela caírem ou forem lançadas em lugar indevido." É de discutir-se se tal responsabilidade apanha o possuidor mediato, ou se só se refere a lei ao possuidor imediato. A interpretação literal concluiria no último sentido: a lei falou de quem *habita* a casa. Excepcionalmente, a queda pode ter resultado de defeito de construção, ou reparo, mas aí a espécie é a do art. 1.528. Seja como for, o locador, ou outrem, que habite a casa, pode nomear à autoria o dono ou possuidor mediato. No art. 1.528 estatui-se: "O dono do edíficio ou construção responde pelos danos que resultarem de sua ruína, se esta provier de falta de reparos, cuja necessidade fosse manifesta." Dono, aí, é o possuidor próprio. O fundamento da regra jurídica, diferente da regra jurídica do art. 1.529, esta em que os possuidores alheios (mediatos ou imediatos), tais como locatários, comodatários e administradores, não são obrigados, de ordinário, à conservação das casas e, por vezes, não podem intervir nisso (sem razão, O. Wendt, Der mittelbare Uesitz, *Archiu for die* civilistische *Proxis,* 87, 69 s.)

(li) Na ação *ad* exhibendum, ainda que cautelar, é réu o possuidor imediato; *e* discutir se também o é o possuidor mediato. A questão simplifica-se ao apurarmos se há casos em que a posse mediata é atingida pela pretensão à exibição. Ora, a resposta éafirmativa: o que pede a exibição para fins petitórios vai contra o possuidor imediato e contra o possuidor mediato. A ação ad *exhibendum* não tem conteúdo sempre o mesmo; *e* e inseparavel do interesse a que ela serve. Se proposta contra o possuidor mediato, tem o possuidor imediato de ser

citado.

(c) No art. 521, estabelece-se que, no caso de perda, ou furto, de coisa móvel, ou título ao portador, o que tiver perdido, ou a quem se haja fudado, pode reavê-lo da pessoa que o detíver, salvo a essa o direito regressivo contra quem frio transferiu. Não se trata da *rei vindicatio* do art. 524; e sim de algo semelhante, porém não idêntico à *acho Publiciana.* Discutiu-se se o possuidor mediato também podia propor a ação do art. 521, chamada "vindicatória da posse". No que ela aludisse à propriedade, teria de ser afirmativa a resposta. No Código de Processo Civil, mis. 62-76, regulou-se a *norninatio auctoris,* que aí tem pleno cabimento. O possuidor imediato somente tem de continuar no processo se *o* nomeado não comparece, ou se nega a qualidade que lhe foi atribuida. Diferentemente pensavam os protokolle alemães (III, 333): "Ainda quando o senhor da posse entre no processo, continua sujeito próprio do processo o possuidor primeiramente acionado", em evidente contradição com o § 76 da Ordenação Processual Civil alemã. Código de Processo Civil, arts. 62-76, não nos permitiria pensar com os *Protokolle.* A saída do primeiro citado não é, porém, *ipso iure;* pede ele ao juiz que a relação juridica processual cesse quanto a ele. Se o possuidor mediato se apresenta *e* assume o papel de réu, o primeiro citado pode Mastar-se. Aliás, ao possuidor mediato é dado, sem cítaçao, entrar no processo e tomá-lo a si (1". Sokolowski, Die Philosophie irn *Priuatrecht,* II, 435, nota 471).

§ 1.067. Conceito de posse no Código Civil

1. Posse, *poder fático, e fato jurídico da posse.* Posse é *o* poder fático sobre a coisa. Passa-se ela, portanto, no mundo fático; e os sistemas jurídicos evitam, *quando podem* (= lhes parece conveniente), que os fatos possessórios se tornem jatos jurídicos: o mundo jurídico repele-os, veda-lhes entrada, salvo para nao se violar o *princípio da conservação* do fático, enquanto não há razão juridica para a mudança, ou, para se assegurar o *princípio do primado* do jurídico, onde se verificou que a posse o feria, ou feriria. Tudo que é concernente à posse e interessa no direito ocorre, como se percebe, nas linhas que separam o mundo fático e o mundo jurídico. "Considera-se possuidor", diz o Codigo Civil, art.

485, “todo aquele que tem de fato o exercício, pleno, ou não, de algum dos poderes inerentes ao domínio, ou propriedade.” No Código Civil alemão, § 854, estatuiu-se: “A posse de urna coisa adquire-se pela obtenção do poder f ático (die tatsdchliche *Gewolt)* sobre a coisa.” No Código Civil suíço, art. 919, é possuidor o que tem o poder fático, die tatsàchliche *Gewalt, Ia maítrzse effectzve,* colul che *la tiene effettivcmente in suo potere,* conforme o texto trilíngue. Poder fático é a melhor expressão, não só porque corresponde ao termo alemão, preciso, como porque poder” e „1 ático” são termos de linguagem científica. O poder jurídico sobre a coisa é o que enche o direito real, ou o direito do que tem a posse mediata, ou a imediata, isto é, a posse que alguem exerce sobre coisa que outrem possui como própria. Posse própria, ou, em expressão residual e, pois, jã inadequada, em nome próprio, *proprio nomine,* é a de quem possui como dono. Posse não-própria, que também se chama, sem vantagem e equivoco em nome alheio ou posse alheia *(Fremdbesitz,* cf. 1-1. Dernburg, *Das Búrgerliche Recht,* III, 3ª ed., 52), é a de quem não possui como dono. A posse não-própria é a do art. 486, que o Código Civil chama *direta,* sem excluir que o dono a possa ter:

“Quando, por força de obrigação, ou direito, em casos como o do usufrutuário, do credor pignoraticio, do locatário, se exerce temporariamente a posse direta, não anula esta às pessoas, de quem eles a houveram, a posse indireta.” A posse alheia, ou, melhor, imediata, ou é no próprio interesse (usufrutuário, usuário, habitador, credor pignoratício, locatário, comodatário), ou no interesse de outrem, dita posse de administrador ou de administração *(Verwaltungsbesitz:* tutor, curador, administrador, liquidantes de sociedades e associações, administradores de massas concursais). A expressão “obrigação”, no art. 486, alude à última, *e* lá está em vez de “dever” ou “exercício de cargo ou múnus.” 2. *Natureza da posse.* Discute-se se a posse é simples *situação fática,* ou *direito;* explicitamente, direito subjetivo. Se é direito, resta saber-se se é direito das coisas, direito real, ou direito absoluto porém não real. A) Sustentam que é simples situação fática: 8. Windscheid *(Lehrbuch, d,* 9ª ed., 732 s.), L. Rosenberg *(.Sachenrecht,* 13), J. Biermann *(Sachenrecht,* 7), H. Dernburg *(Das Búrgerliche Recht,* III, 3ª ed., 49), C. Crome *(.System,* 111, 15, nota 21), E

Kretzschmar *(Das Sachenrecht,* 3), K. Maenner *(Das SacI-ienrecht,* 2ª ed., 124), E. Rohde *(Studien,* 1, 14, e XXIII, 1), Konrad Cosack *(Lehrbuch,* 11, 6ª ed., 71), P. Sokolowski *(Die Philosophie im Privatrecht,* li, 197), E? Strohal (Der Sachbesitz, *Jherings Jahrbúcher,* 38, 63), P. Krúckmann (Sachbesitz, Rechtbesitz, Rechtsschein, *Archiu fOr die ciuilistische Praxis,* 108, 209; também, J. E. Kuntze, *Zur Besitzlehre,* 105

s.). B) Sustentam que posse é direito: 8.

Matthiass *(Lehrbuch,* 6ª-7ª ed., 432), K. Kober *(J. v. Staudingers Kommentar,* 111, 7ª-8ª ed., 16), G. Planck *(Kommentar,* III, @ ed., 32), Martín Wolff *(Das Recht zum Besitze,* 9 s.), O. von Gierke *(Deutsches Privatrecht,* II, 214), A. von Tuhr *(Der Allqemeine Teu,* 1,137), E. 1, Bekker *(Aphorismen zur Besitzlehre,* 18, *e* Der Besitz beweglicher Sachen, *iherings iahrbúcher,* 34, 27) *e* J. Nogueira Itagiba *(Da Posse,* 93 s.); também E. Zitelmann *(Internationales Privatrecht,* II, 307); F.von Savigny *(Das Recht des Besitzes,* 43-69); Th. Kipp, em 8. Windscheid *(Lehrbuch,* li, 887). No passado, G. Lenz *(Das Recht des Besitzes,* 86), ci. P. Molitor *(La Possession,* 28 s., porém não direito real).

Os que diziam que a posse é *fato,* mas, por seus *efeitos,* direito, como Antônio Joaquim Ribas *(Da Posse,* 4 s.) *e* Lafaiete Rodrigues Pereira *(Direito das Coisas,* 1, 18 s.), o que também se escreveu, reiteradamente, na Alemanha *(e.q.,* E von Savigny, A. E Rudorff *e* A. Brinz) e na França *(e.g., ci.* Domat, J. Appleton, Th. Huc, E. Mourlon), não prestaram atenção a que não há direito sem ser efeito de fato jurídico *e* a que todo fato, que tem efeitos, é fato jurídico.

Mais exato, Meio Freire *(Institutiones,* 111, 17) viu que a posse é *mais* fato, o domínio *mais* direito.

Afirmam ser real o direito que a posse gera C. Crome *(System,* III, 12 s.), L. Enneccerus *(Lehrbuch,* 1,177), K.

Hellwig *(Lehrbuch,* 1, 206 s.), Martin Wolff *(Lehrbuch,* III, 27ª-32ª ed., 10 s.). A situação possessória, já no mundo fático, é real. Ao entrar no mundo jurídico, é real (senso largo) o direito, e reais são as pretensões e as ações, exceto as pretensões *e* ações oriundas de alguma ofensa que não caiba em concepção da ofensa à posse mesma.

3. *Definição legal.* A posse, no Código Civil, é o poder fático, que *corresponde* ao exercício (não o poder fático que é o exercício, ou *consiste* no exercício), pleno, ou não, de algum dos poderes inerentes ao domínio ou propriedade (art.

485): "Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno, ou não, de algum dos poderes inerentes ao domínio, ou propriedade." Com isso, o Código Civil *afastou* que se tivesse de alegar o domínio, ou propriedade, e *firmou* que a posse, vindo a ser fato

jurídico *stricto sensu* (= a entrar no mundo jurídico), não pode ir além, como poder fático, do que, como poder jurídico, poderia ir o poder contido no domínio ou propriedade. Se o proprietário teria de sofrer que o vizinho cortasse as raízes e ramos da árvore que ultrapassaram a extrema do prédio vizinho (art.

558), tal direito formativo gerador exerce-se contra o proprietário *e* contra o possuidor O dono do prédio rústico, ou urbano, que se acha encravado em outro, sem saida pela via pública, fonte, ou porto, tem direito a reclamar passagem, assim contra o proprietário vizinho como contra o possuidor (art. 559). O que o proprietário não poderia proibir não no pode o possuidor. Onde terminaria a propriedade termina a posse; até onde pode ir a propriedade pode ir a posse, se ao direito, de que se trataria, corresponde poder fático sobre a coisa. A posse termina antes da propriedade porque o credor hipotecário não tem posse, nem o titular da renda imobiliária.

Da correspondência, em principio, da posse com a propriedade, também resulta que os direitos compreendidos na propriedade se entendam compreendidos na posse. Assim, quem é possuidor do prédio superior cujas águas correm para o inferior tem o direito de vizinhança a que se refere o art. 69 do Decreto nº 24.643, de 10 de julho de 1934, bem como a pretensão *e* a ação adequadas, tal como se fosse o proprietário, se o prédio possuído tem servidão, a posse estende-se a essa. (Costuma-se dizer que se tem a posse da servidão, e.g., da servidão de passagem; em verdade, tem-se essa posse especial do outro prédio, posse que corresponde ao direito real de servidão.) Para o poder f ático, não é de mister que a pessoa *possa* afastar a ingerência dos outros; ainda que se preveja não poder afastar o ataque vitorioso de outrem, a pessoa tem o poder fático, corporalmente, enquanto isso não ocorre, e tem posse se lhe tomam o poder fático corporal e não sobrevém a perda da posse segundo o art. 520, IV. Por onde se vê quanto o direito contemporâneo se distanciou de E von Savigny. Também se abstrai da vontade, inclusive do poder dela: possui-se a pedra que está na montanha inacessivel ao possuidor.

O poder fático existe quando, segundo o pensamento de agora, basta a afirmar-se. Não se tire dai que se deixa tal verificação à *emoção* do juiz (sem razão, Ph. Heck, *Cesetezauslegung und interessenjurisprudenz,* 112, 11); não deve ele sair do ter reno cognoscitivo. Naturalmente, são de exigir-se: *a)* certa estabilidade da relação, a respeito do objeto, porque o que não dura, ou não pode durar, não é poder fático suficiente (se consulto a lista de telefones da casa de chá, não sou possuidor dela,

nem o visitante que senta à mesa e toma notas de livro, que tirou da biblioteca, é possuidor do livro); *b)* a perceptibilidade da existência *objetiva* do poder fático (todos nós somos observadores da posse exercida sobre o terreno vizinho, sem precisarmos saber quem tem o poder fátíco); *c)* certa determinação de espaço topológíco (trilhos de estrada de ferro, montes de lenha, pastos, sitio, fazenda, conteúdo de sacos, sacos e não conteúdo, as malas de correio e não as cartas, as cartas e não a mala de correio) ou da coisa móvel, a despeito da deslocação (marcação de animais, descrição de gado); *d)* a *correspondência possível* do poder fático ao exercício de algum direito, ou pretensão, ou dever, ou obrigação (o dono e o que possui como se fosse dono, o usufrutuário e o que possui como se fosse usufrutuário, o depositário e o que possui como se fosse depositário): a posse existe enquanto tal correspondência pode existir; por isso, a posse do ladrão extingue-se com a prevalência da posse da pessoa roubada.

4. *Emprego da palavra posse.* A palavra "posse" é empregada: *a)* no sentido de poder fático, ainda que não exercido (posse própria, posse direta, posse indireta, posse mediata, posse imediata, posse do herdeiro, posse viciosa, posse do réu na reivindicação, posse do que a obteve *brevi manu* ou *longa rnanu,* antes de *exercer* o poder fátíco); e *b)* no sentido de conjunto de direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações e exceções que se irradiam da posse, isto é, daquele mesmo poder fático *(e.g.,* arís. 495 e 496). No sentido *a),* a posse é situação fática; há suporte fático a que corresponde a expressão "posse." No sentido *b),* há direito subjetivo de posse, com pretensões *e* ações possessórias, com exceções possessórias, e amparados aquele e essas por pretensões à tutela jurídica. Assim, o problema de se saber se a posse é fato ou direito, só se precisa, *e* só se põe em termos de ser discutido, sem retórica, e cientificamente, se o formulamos da seguinte maneira: ~Entra no mundo jurídico o suporte fático a que corresponde a expressão "posse", no sentido *a)?* Se entra, ~qual a classe em que se aloja, na classificação dos fatos jurídicos?

Têm-se de eliminar, na questão sobre a natureza de posse, aqueles casos em que a posse apenas é um dos elementos do suporte fático *(e.* g., o herdeiro que tem a posse dos bens prefere aos outros, quanto à inventariança, art.

990, II, do Código de 1973). Também não se há de pensar em posse, no sentido vulgar *(e.g.,* os créditos que possui).

Certo, não se há de ver o direito de algum pais, já no mundo jurídico, a reconhecer a própria posse, —

reduzindo-se a situação possessória, a posse mesma, à possibilidade juridicamente reconhecida de se exercer algum direito (P. Krúckmann, Sachbesitz, Rechtsbesitz, Rechtsschein, *Archiu ftir die ciuilistische Praxis,* 108, 179, *EinfWirung in das Recht,* 55, Rechtsbesitz und qualitatíve Teilung, *Archiu Júr Btirgerliches Recht,* 41, 293). Não há elemento jurídico, nenhum, no suporte fático da posse; exatamente aí é que se apresenta a particularidade dele: todo o seu conteúdo é fátíco. A própria distinção entre a posse mediata e a imediata não põe no suporte fátíco de qualquer delas elemento jurídico: naquela, há a referência, fática, à posse, que lhe fica abaixo *e* lhe serve de intermediário para o poder fático (compare-se o locatário que não tem posse e o locatárt que a recebeu, notando-se que o locador manteve o nível em que estava); nessa, há a referência, fátíca, à posse, que lhe fica acima, suscetível de multiplicar-se (posse mediata do proprietário, posse mediata do usufrutuário, posse mediata do locatário, todas por cima da posse do sublocatário, que, por isso, não se altera sendo como é, poder fálico imediato, quaisquer que sejam as posses que se superponham). É no possuidor mesmo que se tem a posse *como* de usufrutuário, de credor pignoratício, de locatário, de depositário, ou de administrador, e não no outro possuidor, tanto assim que aquela pode existir sem que possuidor mediato exista ou outro possuidor mediato.

5.

Irradiação de eficácia *do fato jurídico* stricto sensu. Do fato jurídico stricto *sensu,* que é a posse, irradiam-se direitos, pretensões e ações. A proteção possessória não deve, todavia, confundir-se com a proteção que se confere quando há suporte fátíco em que *um* dos elementos é a posse. Aí, o direito, a pretensão ou a ação não emana da posse, fato jurídico stricto *sensu,* e sim do fato jurídico resultante de suporte fático em que há posse -4- *x.* Assim, é incorreto dizer-se, como faz M. Wolff *(Lehrbuch,* III, 27ª-32ª ed., 42), que do *ius* possessionis deriva a condictio possession is: a *condictio possessionis* é petitório, consiste no direito à devolução da posse, se o enriquecido a obteve sem causa.

Tampouco, é efeito da posse o efeito quanto à usucapião: a posse é apenas um dos elementos necessários. Idem, quanto a poder o possuidor, ameaçado de execução forçada, satisfazer a dívida (Código de Processo Civil, art. 652).

São efeitos da posse: a-legítima defesa e a justiça de mão própria (art. 502); a manuteníbilidade *e* a reintegrabilídade da posse, judicialmente (arts. 499-50 1, 503-509); a indenízabilidade dos danos, conforme os arts. 503, in *fine,* 504, 510-519. A ação fundada nos arts. 159 e 160 é efeito do ato ilícito absoluto. Aliás, em caso de esbulho, tal ação não cabe, porque se têm de invocar os arts. 503 e 504 dentro dos prazos do art. 523 e dos arts. 618, 619, 550-553 e 520, IV.

O prazo do ari. 177, 2ª parte, seria prazo demasiado para a defesa "sumária" (dita, hoje especial) da posse. Também é efeito da posse o poder o arrendatário, ou outro possuidor imediato, ou mediato, defender a posse contra qualquer possuidor mediato acima, sucessor daquele de quem houve a posse imediata, ou mediata de grau inferior.

No caso de destruição da coisa móvel possuída, o ressarcimento ao possuidor importa em exoneração perante o proprietário, salvo se o que ressarce sabia, ou devia saber, quem era o proprietário. Discute-se se o possuidor, como tal, tem direito ao ressarcimento. As respostas são: a) não no tem; *b)* tem-no, regressívamente, contra o proprietário ressarcído; c) tem-no por si mesmo. Com a opinião *a),* K. Hellwíg *(Lehrbuch,* 1, 209) e M. Wolff *(Lehrbuch,* III, 27ª-

32ª ed., 42); com *c),* E Endemann *(Lehrbuch,* TI, *1,* 8ª-9ª ed., 240, nota 19); com 1,), está a razão: assim como, contra o possuidor, que recebeu a indenização, tem ação o proprietário, o possuidor pode demandar o proprietário pelo que recebeu como se também tivesse a posse; *e.q.,* o que correspondia a consertos feitos pelo possuidor, ou à valorização por obra (nova cravação do diamante).

6. *lus possidendi e ius possession is.* Quanto à posse, existem categorias juridicas inconfundíveis, mas de cujo baralhamento muito prejuízo tem provindo às leis, à doutrina e à justiça:

1 - O *ius possidendi,* direito à posse, ou a ter posse. Não há senão um direito à posse; dai ser inadmissível pensar-se em "melhor direito à posse" *(besseres Besitzrecht),* como O. von Gierke *(Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes,* 56 s. e 62). Têm direito àposse o proprietário, o usufrutuário, o usuário, o titular do direito de habitação, o administrador e representantes das pessoas físicas *e* juridicas para haverem dos seus antecessores a posse dos bens pertencentes à pessoa jurídica *e* os mandatários quanto à posse dos bens do mandante entregues aos antecessores no mandato. Inclui Martin Wolff *(Lehrbuch,* III, 2T-32ã ed., 62) o arrendatário ou locatário, mas esse, se tomou

posse, tem *tus possessionis; se* não na tomou, só tem pretensão de direito das obrigações.

II - O *ius possession is,* que é o direito oriundo da posse, ao entrar essa no mundo jurídico.

III - A ofensa ao *ius possessionis* é distinta da ofensa ao fato jurídico *stricto sensu* da possej o fato jurídico *stricto sensu* ofendido enseja o ius *possession is,* as pretensões e as ações possessórias; se é o *ius* possessionis, que se discute, já se discute no plano da eficácia posterior do fato jurídico da posse, isto é, no plano das pretensões e ações nascidas do *ius possession* is. A ação quanto ao direito de posse (art. 521) não é possessória, — é petitória.

A pretensão à restituição por parte do proprietário é pretensão oriunda do direito à posse. Também o é a pretensão à imissão na posse. A tutela jurídica às duas pretensões assume aspectos diferentes, nem se poderiam confundir a ação de reivindicação ou, em geral, a de restituição da posse *e* a ação de imissão, a que a lei processual dedica regras jurídicas especiais. Se, contra o que exerce a pretensão à imissão ou à restituição da posse, tem o demandado objeção fundada em certo direito à posse, que elimine a procedência do pedido, como se pode objetar que usucapiu, tal defesa tem de ser julgada. Pode dar-se, porém, que o direito do demandado possa coexistir com o do demandante, como que descontado a esse, *e.g.,* se o demandado é usufrutuário, usuário, locatário, credor pignoratício; então, a sentença declara o direito do demandante e declara o direito do demandado à posse imediata, ou à posse mediata, de grau inferior, que caiba na espécie, em seus limites espaciais *e* temporais. Não se trata de exceção; trata-se de objeção, de defesa. Exceção pode existir, como se o demandado tem direito de retenção. Aqui, cabe falar-se de exceção; ali, não (sobre isso, H. Siber, *Der Rechtszwang,* 133-137, *Das gesetzlicbe Pfandrecht des Vermieters,* 57, *e Die Passivlegiti-mation hei der* reivindicatio, 247 5.; A. Thon, *Rechtsnorm und subjektiues Recbt,* 276 s., *e* Die rechtsverfolgende Einrede, *Jahrbúcher fúr die Dogmatik,* 28, 55). Na própria ação declaratória que o titular do direito à posse proponha pode o titular do direito à posse imediata objetar. Se o direito de que provêm o direito à posse é *ius in re,* há ação de imissão, ou a possessória, se houve esbulho; se o direito é obrigacional e não foi entregue a coisa, não tem o titular do direito à posse imediata direito àimissão, nem à ação possessória, — tudo se resolve no plano do direito das obrigações. Se já fora entregue, não pode ser retomada e

tem o titular do direito à posse — ai já em posse — de defender contra o possuidor mediato ou contra terceiros a sua posse.

§ 1.068. Objeto da posse

1. *Suporte fático e objeto.* Quando se fala de objeto da posse, ainda se está no plano da composição do suporte fático.

Portanto, a análise supõe conhecimento do mundo fático. O problema consiste em se saber qual o elemento objetivo, necessário, para que o suporte fático entre no mundo jurídico, como fato jurídico *stricto sensu* da posse. Hoje, não seria possível, por exemplo, lançar-se mão da ação possessória para que alguém, que ocupa cargo público, ou que tem jurisdição eclesiástica, continue de exercer aquele ou essa; ou para se ter como professor da Escola Politécnica, qual pretendeu, nas suas ousadias advocatícias, fugindo à linha histórica do nosso direito *e* à ciência, Rui Barbosa. A jurisprudência brasileira tinha de repeli-lo (Supremo Tribunal Federal, 12 de maio de 1893, 14 de dezembro de 1895, 11 de julho de 1896, 21 de junho, 12 e 24 de abril de 1901, 20 de junho de 1903, 9 de junho de 1904, 3 de junho de 1908, 23 de janeiro de 1909).

Tudo que se representa no *consilium* , de modo fixo, era suscetível de ser objeto de posse, na teoria do direito romano: coisas, universalidades de fato e partes da *res, de* certo modo até direitos reais. O substrato físico era de mister. Na doutrina hodierna, não há mais qualquer correlação necessária entre o poder juridico e o poder fático. Pôs-se de lado toda a urdidura canônica da posse de direitos pessoais, de rendas, de jurisdição *e* de dízimos. A coisa é que é objeto de posse. A tentativa, que tão porfiosamente empreendeu o direito comum, para ajustar aos princípios romanos os princípios canônicos, foi notável; mas a extensão desabusada da quase-posse não podia atravessar os séculos mais próximos de nós. Os Códigos Civis alemão, suíço e brasileiro evitaram a *possessio iuris.* O que se protege ao usufrutuário, ou ao que usufrui sem no ser, ou ao que é locatário, ou tem a coisa como se fosse locada, não é o direito real, ou pessoal, que justificasse pensase em posse de direitos, e sim o poder fático; em plano abaixo, isto é, como suporte fático da posse imediata (fato jurídico *stricto sensu).*

As legislações manuelina *e* filipina admitiam a posse e, em consequência, a prescrição (imemorial) dos direitos concessiveis pela coroa, dos morgados (cf. Regimentados Contadores de 27 de setembro de 1514, Título 25), dos maninhos pelos senhorios das terras (Ordenações Filipinas, Livro IV, Titulo 43, § 15), e da jurisdição eclesiástica contra a secular (Livro II, Título 9, § 1).

Até de posse do marido, ou da mulher, sobre o outro cônjuge, falou-se em séculos passados, — resíduo medieval da concepção pós-romana da posse (C. G. Bruns, Das *Recbt des Besitzes im Mittelalter,* 171, 191 e 239; Manuel de Almeida e Sousa, *Tratado dos Interditos,* 107). Usou-se em Portugal a *uindicatio filii;* mas é de crer-se que o interdito de *liberis exhibendis,* quanto ao cônjuge, não tenha sido recebido (sem razão, Manuel de Almeida *e* Sousa, *Tratados dos Interditos,* 107). Na evolução da teoria da posse, primeiro foi reconhecida a posse imediata dos titulares de direitos reais (A. Randa, *Der Besitz* 4ª ed., 619 5.; E Fôrster-M. E. Eccius, *Theorie und Praxis,* III, 7ª ed., 28 s.). Seria simetrizar-se a posse com a propriedade, o que revelava o influxo das teorias relativistas. Ainda assim a jurisprudência brasileira antes do Código Civil (Supremo Tribunal Federal, 28 de dezembro de 1904: "Os interditos possessórios só têm cabimento para a defesa da posse de coisas corpóreas e da quase-posse de direitos reais; sob pretexto de manutenir objetos corpóreos, que têm relação direta com o exercício de direitos individuais, do qual são elementos indispensáveis, não se deve conceder manutenção de posse de tais direitos"; 22 de abril de 1911, 31 de janeiro de 1912, 23 de abril de 1913, que energicamente afirmou ser a manutenção "inadmissível para a garantia de direitos pessoais", 20 de abril de 1915; Corte de Apelação do Distrito Federal, 23 de dezembro de 1908, U de dezembro de 1909, 19 de julho de 1911, 15 de maio de 1912).

2.

Posse de coisas incorpóreas. As coisas corpóreas, no sentido estrito, não são as únicas suscetíveis de posse.

isso não quer dizer que os direitos pessoais, que não são bens corpóreos, possam ser objeto de posse. Apenas se enuncia, com tal afirmação, que o sentido antigo de coisas corpóreas foi estendido pela física contemporânea: a eletricidade é coisa, não-incorporal (no novo sentido); e, como tal, suscetível de posse; a propriedade intelectual ésuscetível de posse. "Ao lado da matéria", escreve R Sokolowskí *(Die*

Philosophie im Priuatrecht, 11, 282), “acha-se aqui segundo elemento, não menos essencial, a energia, e ambos subordinamse, contanto que sejam definidos *e* delineados, ao nosso poder fátíco. Onde, porém, faltar determinação e delimitação, não pode ser exercida a posse, ainda na matéria corpórea; água corrente, ar, sol *e* estrelas, também pelo Código Civil não são objeto de posse. Por outro lado, não há dúvida em que é possuida certa quantidade de energia elétrica; vale como realidade material, sobre a qual a vontade do homem pode dispor e sobre a qual pode ele exercer o seu poder fático.” A posse recai sobre a coisa. Uma das confusões mais graves, *e* ninguém errou mais a esse respeito do que Rui Barbosa, foi a de se falar de posse de direitos reais e posse de direitos pessoais. O locatário não tem posse do direito pessoal de locação; tem posse da coisa; nem do direito real de usufruto, uso, habitação, ou penhor, o usufrutuário, o usuário, o habitador, ou o credor pignoratício, — têm a posse da coisa usufruida, usada, habitada, ou empenhada.

Tanto assim que pode não ser usufrutuário, usuário, titular do direito de habitação, ou credor pignoraticio o que a possui. Quem tem direito real, portanto constante de registro de imóveis, se se trata de direito real imobiliário, não tem, somente por isso, posse, pretensão e ações possessórias. Tem as ações petitórias, tem a ação declaratória, tem as ações ligadas ao seu direito. A pretensão *e* as ações possessórias somente as tem o titular do direito real, se possui, durante o tempo em que se dá a ofensa, o objeto de que se cogita. Assim, o proprietário do prédio A, que tem servidão registrada, quanto ao prédio B, e nunca a exerceu (cf. art. 493, 1, *uerbis* “pelo exercício do direito”), não tem posse e, pois, nenhuma pretensão ou ação possessória lhe cabe. A pretensão possessória nasce,da posse mediata ou imediata do dono ou simples possuidor do *praediurn dom inans* sobre o *proedium serviens,* e não do registro.

A posse pode recair sobre universitas *iuris.* O direito romano admitia-o. O usufrutuário (art. 729), o usuário (art.

745) e o titular do direito de habitação (art. 748) fazem inventário do que recebem. Cabe a *vindicatio universitatis.*

Sobre o todo inventariado tem posse mediata o dono dele, que o é de cada coisa, ou somente de algumas (usufruto de fazenda, cujas terras são de A e a maquinaria de B).

Quanto a coisas que fazem parte de universalidade de fato, o poder fático sobre uma delas só se pode dar se ocorre *separação. Se* assim não fosse, haveria duas posses pela mesma pessoa (W.Bornemann, *Systematische Darstel)ung,* 1, 2ª ed., 514); e, tratando-se de bens móveis, ficariam sujeitos ao direito das coisas móveis e, como pertenças do imóvel, ao direito das coisas imóveis (P.Sokolowski, *Die Philosophie im Privatrecht,* II, 438, nota 493). No Código Civil, as partes integrantes da coisa não podem ser objeto de direitos especiais, mas o principio não exclui a separação pelo fato da posse ou da aquisição da propriedade (cf. arts. 536 e 545-549 do Código Civil; arts. 16-25 do Decreto nº 24.643, de 10 de julho de 1934), nem pela posse de outrem sem atenção *à res composita,* nem pela figura da reserva de domínio (Decreto-Lei nº 1.027, de 2 de janeiro de 1939, art. 1ª Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, art. 129, 5ç))□ A penhora do estabelecimento pode ser no todo, com inventário, ou de cada coisa componente, parte integrante ou pertença. As vezes, porém, só a penhora do todo é que se tem por fito e se deve levar a cabo. Por exemplo, nas espécies dos arts. 677-678 do Código de Processo Civil. As coisas componentes continuam coisas, mas o interesse que as une pode prevalecer para os efeitos que importem (cf. O. von Gierke, *Deutsches Privatrecht,* II, 53 s.).

3. *Posse de partes integrantes não-essenciais.* O direito brasileiro admite a posse de partes integrantes não-essenciais das coisas *(e.g.,* a parte à margem esquerda do rio que atravessa a fazenda) *e* a das essenciais, se é concebível o poder fático separado (andar; quarto; salão; armário; fruto pendente; parede ou muro ou parte de parede ou muro, como se a posse é de aposição de cartazes, ou tabuletas, ou luzes; coqueiros marcados ou numerados ou descritos topograficamente; parte de tronco de árvore, como dois metros do jacarandá a *partir* do solo).

4. *Extensão da posse.* A posse é acontecimento do mundo fático que se configura em termos desse mundo. Dai poder ter extensão que excede a extensão do direito a que corresponde, ou a que poderia corresponder, ou ter extensão, que é menor, ou à qual não corresponde qualquer direito. Tratando-se de coisas singulares, móveis, que sejam coisas individuadas (ditas cedas), abrange toda a extensão delas. Quem possui o anel possui todo o anel. Quem possui os dez sacos de frutos, numerados de 1 a 10, possui todos *eles* sem fração.

Nada impede que a posse seja *pro* indiviso. Mais ainda: a coisa singular pode ser de extensão tal que se não possa dizer com facilidade até onde vai a posse, e.g., se a coisa singular é bem imóvel e suscetível de apossamento *pro diviso.* Surge, aí, o problema da extensão da posse dos bens suscetíveis de divisão por posses, ou posse. Na jurisprudência brasileira, acrescentou-se que a posse do centro ou sede de onde se exerce o poder fático faz presumir-se a posse do todo; porém nem sempre foi bem expresso esse pensamento. A 1ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça da Bahia, a 26 de novembro de 1946, satisfez-se com a presença do possuidor no terreno, dispensando a tença material do todo do bem, como se a presunção não fosse, só por si, afirmativa elidivel de tal abrangência. Exatamente a presunção significa que se tem por posse do todo (= a tença material do todo) a posse provada a tença provada) de algum ponto, ou setor, ou sede. A 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, a 6 de dezembro de 1934 *(RT* 112/748), foi mais feliz: "Para a aquisição da posse de um imóvel de vasta área, como os rurais, não é mister fazer-se apreensão dele em todas as suas partes, até às suas divisas. A posse da sua sede faz presumir a sua apreensão, na totalidade „dos bens, imóveis *e* móveis; mal tal pres~inção cede ante a realidade dos fatos." A 2ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 3 de outubro de 1930 (115/654), frisou: "A posição normal em que a coisa se encontra com relação à sua utilidade econômica revela a posse. E, no entanto, pela só razão de sua, vontade, conserva a posse, se a adquiriu, *e* enquantq alguma circunstância não o faça perder." E o 1ª Grupo de Câmaras Civis, a 23 de outubro de 1945, 160/122:

"Provada a posse sobre determinado imóvel rural, presume-se que ela se estende a todas as terras, cultivadas ou não, abrangidas por suas linhas divisórias., pois são essas que lhe dão individualidade própria *e* o distinguem dos prédios vizinhos" (idem, 2ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 18 de março de 1947; 3ª Câmara, 22 de janeiro de 1948, 173/195; 2ª Câmara, 6 de junho de 1950, 187/714: -. tem-se orientado, mais de uma vez, este Tribunal no sentido de que

não é necessário que o possuidor exerça efetiva *e* permanentemente a sua posse em toda extensão do imóvel possuido, para que se lhe reconheça a posse. Nos grandes latifúndios, e mesmo nas menores propriedades, essa exigência torna-se impossivel. Ésabido que pessoas residentes nesta Capital possuem extensas áreas de terras nas mais longínquas comarcas do Estado. Conservam prepostos que, na realidade, não exercem atos possessórios efetiva *e* permanentemente em todos os recantos do imóvel, alguns inacessíveis e com matas virgens. E, aliás, conceito consagrado no nosso direito que para a conservação de posse basta a continuação do possuidor na disponibilidade da coisa"; e 20 de junho de 1950 188/250: "... para a conservação da posse basta a continuação do possuidor na disponibilidade da coisa, sendo dispensável manifestação de atos materiais no imóvel possuído que é, em alguns casos, impossível"). Melhor, a 1a Câmara do Tribunal de Apelação de Goiás, a 12 de outubro de 1942 *(RF* 94/115): "É certo que os tribunais já têm decidido que para a aquisição da posse de um imóvel de vasta área, como os rurais, não é mister fazer-se apreensão dele em todas as suas partes, até suas divisas. A posse da sede do imóvel faz "presumir" a sua apreensão, na totalidade dos bens imóveis e móveis, que constituem a propriedade em questão. Mas também é certo que tal presunção cede ante a realidade dos fatos *e* que, por conseguinte, se no imóvel houver pessoas que de parte dele estejam de posse, não se reputa adquirida, pelo simples fato da ocupação da sede, a posse das glebas já ocupadas de fato por terceiros." Com invocação implícita do art. 492, a 3ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 22 de janeiro de 1948 *(RT* 173/195): "Para a conservação da posse, basta a continuação do possuidor na disponibilidade da coisa. Não precisa praticar atos materiais no terreno, máxime quando situado em zona ainda pouco explorada e de difícil aproveitamento econômico." A Câmara Cível do Tribunal de Apelação de Santa Catarina, a 21

de junho de 1943 *(JTAE* 1943/222), já o dissera: "A posição normal em que a coisa se encontra com relação á sua utilidade econômica revela a posse. O possuidor de um latifúndio pode não plantar Pode não o percorrer. E, no entanto, pela só razão de sua vontade, conserva a posse, se a adquiriu, *e* enquanto alguma circunstância não o faça perder." Mas incidiu no grave erro de não reputar a demarcação, loteamento e venda dos lotes do terreno possuído atos possessórios.

§ 1.069. Servidor da posse

1.

Servidor do posse *serve,* não possui. O art. 487 diz: “Não épossuidor aquele que, achando-se em relação de dependência para com outro, conserva a posse em nome deste e em cumprimento de ordens ou instruções suas. Esse *serve* à posse, não tem posse. É servidor da posse *(Besitzdiener);* não, possuidor. Realçou Er.Leonhard *(Vertretung beirn Fahniserwerb,* 63 s.) o lado social da relação de servitude da posse (idem, H. lsay, *Die Geschàftsfúhrung,* 183).

Mas o social ou contém, também, o jurídico, ou é só o social não-juridico, portanto o fático. Fático social, conclua-se.

O poder fático que tem o servidor da posse é poder que, perante a comunidade, não se tem como posse. E

imediato, ou mediato, esse poder, sem se fazer posse imediata, ou mediata. O locatário tem a posse; têm-na o usufrutuário, o usuário e o credor pignoraticio. O servidor da posse, não. Não se deve, porém, reduzir o serviço da posse ao corpus. O mordomo pode não ter o *corpus,* e serve a posse (sem razão, Bruno Oppenheim, Begriff *und Stellung des Besitzdieners,* 20). Há quem sirva à posse mediata e há quem sirva à possnºimediata; o que é preciso é que haja a dependência.

A detenção, insuficiente para compor o suporte fático do fato jurídico da posse (abreviadamente, suporte fático da posse), continuou de existir no direito contemporâneo. Não é novidade. Novidade é a precisão do conceito.

O serviço da posse pode não ser o do serviçal. Pode ser o do hóspede, o do parente, o do convidado. As pessoas que são hóspedes de A e ocupam o apartamento de hóspedes servem àposse; não possuem. Servem por affectio, ou em virtude de *affectio*. A posse de A subsiste, intacta; ainda que se haja mediatizado. Em tudo de que o hóspede ou o convidado ou o parente tem a tença, transitoriamente, tem A a posse. Também aqui se pode dar o subserviço da posse, como se o hóspede vem com o seu empregado: a posse está com A; o serviço da posse, por afeição, com hóspede, o sub-serviço da posse, por trabalho, com o empregado do hóspede.

O servidor da posse não é possuidor. Importa isso em dizer-se que o poder fático, que alguém não exerce, ou não tem, por si, e sim por outrem, não entra no mundo juridico, como posse; não é fato jurídico, a que se chame posse. Foi E. 1. Bekker quem empregou o termo Besitzdiener, servidor da posse. Outros disseram-no ajudante da posse *(Besitzgehilfen),* podador da posse *(Inhaber),* tenedor da posse *(Besitzhalter).* Porque não é possuidor, não tem direitos e pretensões possessórias. Seria erro explicar-se que o servidor da posse possui sem ser protegido, como fez R.

Leonhard; não é protegido porque não possui. Não lhe é dado, sequer, por sua própria autoridade, desforçar-se: a defesa seria do possuidor, a cuja posse serve; e a justiça de mão própria seria com autoridade alheia. Se atua contra o possuidon seu ato é contrário a direito; de modo que turba ou usurpa posse de outrem, e o turbado ou esbulhado pode defender-se, inclusive segundo o art. 502 (cf. A. von Tuhr, *Der Aligerneine TeU,* II, 597). Se o ataque é contra sua pessoa, então tem ele a legitima defesa, ou a justiça de mão própria, segundo os princípios; porém não pode invocar o art. 502, *por* si, que só concerne aos possuidores, e ele não no é. Não bastaria dizer-se que o servidor da posse não é possuidor: há não-possuidores que não são servidores da posse. É o não-possuidor que pode defender a posse, em nome do possuidor. O não-possuidor que não seja servidor da posse não pode defendê-la, ainda em nome de outrem. O

servidor da posse *obedece* ao possuidor e pode defender-lhe a posse. Adiante, nº 5.

2.

Relação entre o possuidor e o servidor da posse. Entre o possuidor e o servidor da posse há relação, porém essa relação não é a que corresponde a pretensão e obrigação, ou a crédito e débito. E a de *ordem* e *obediência,* ou *autoridade* e *subordinação* (Fr. Leonhard, *Vertretung beim Fohrniserwerb,* 63; V. Bruns, *Der Besitzerwerb durch Interessenvert reter,* 144 s.). Exagerou O. Wendt (Der mittelbare Besitz, *Archiv fOr die civilistische Praxis,* 87, 42 e 66 s.) a dependência do servidor da posse em relação ao possuidor, atribuindo a esse *potestas domestica* quanto ao servidor da posse. O soldado é servidor da posse, no que se refere às armas, que são suas, à cama do quartel, ao saquitel e à padiola; o preso, quanto às ferramentas da prisão; o funcionário público, quanto aos móveis da repartição; os domésticos, às coisas do empregador; os aprendizes etc, O agente comercial, que se transporta

com as mercadorias, não é só servidor da posse; salvo circunstâncias especiais, é possuidor imediato (M. Wolff, Ware und GeId, *Hczndbuch des gesamten Hcindelsrechts* de V. Ehrenberg, IV, *1,* 27 s. Para que haja serviço da posse, fora do lar, ou do estabelecimento do patrão, é preciso que até onde vai o empregado, ou encarregado, esteja o seu dever de acatar as ordens do patrão, que é o possuidor. Os motoristas, ou condutores de õnibus ou de bondes, os cocheiros, são servidores da posse. Também os diretores e gerentes de fábricas, os bibliotecários, os empregados das sociedades por ações e demais pessoas juridicas. O poder fático, que eles têm e exercem, é em nome alheio (expressão que já não serve, no direito contemporâneo, para os possuidores imediatos). Todos eles não têm independência de vontade, que possa transformar em posse a detenção. Se está ameaçado o poder fático, é ao possuidor que incumbe defendê-lo, como poderia entregar a posse, sem qualquer óbice, a outrem. Por onde se vê a que rigor de investigação jientifica se chegou e se teve de chegar, para que se precisassem os conceitos de servidor da posse e de possuidor imediato. O meu convidado, se defende o que está em minha casa contra o que mc quer tirar, defende a minha posse; porque sobre essas coisas, que são minhas, não tem ele posse. Poderia eu doá-las, emprestá-las e até destruí-las, sem que nenhum dano causasse a meu hóspede. O Hospede do hotel, não, é possuidor imediato do apartamento alugado e dos móveis. Se, na minha ausência, o meu hóspede dá parte à policia sobre roubo, ou se pede a reintegração de posse da máquina que eu alugara e estava pago o aluguel, ou há de fazê-lo com procuração, ou assinando caução *de* rato, porque em seu nome não no pode fazer. No momento em que o servidor da posse tem a procuração ou assina a caução *de rato,* deixa de ser servidor da posse: é procurador ou gestor de negócios. Bastaria isso para se mostrar a ambiguidade das expressões “em nome alheio”, “em nome de outrem.” O livreiro, que se encarrega de levar a São Paulo o livro que prometi a amigo, e o meu empregado de limpeza da biblioteca que mando lá para cobrar de alguém os honorários de um parecer, e comprar um lustre (não só receber), são possuidores imediatos e não servidores da posse. O servidor da posse, que se apropria da coisa, comete furto; o possuidor imediato, não: *a* figura penal *exata* ê *a* apropriação indêbita, posto que o Código Penal, no *art.* 168, *pr.,* fale de quem “tem a posse ou a detenção”, evidenciando o desnivel cultural entre o Código Penal e a teoria da posse adotada pelo Código Civil.

E erro tentar-se apagar a distinção entre servidor da posse e representante em matéria de posse *(e.g.,* R.

Heinrichs, *Besitzerwerb und Besitzerhaltung durch Ste!Ivert reter,* 43;

cedo, C. Frommer, *Uber Besitz- und Eigenturnserwerb,* 17); bem assim entre árgão e representante. A diferença entre a servitude da posse e a posse imediata está em que a causa de *ter a* coisa ê diferente: quanto ao servidor da posse, a tença é de coisa que ele náo possui; quanto ao possuidor imediato, a tença é de coisa, que ele possui, embora outrem haja, sobre a mesma coisa, posse mediata.

3.

Técnica legislativa sobre seruiço da posse. Tateou-se muito até que se chegasse à clareza do art. 487. O 1

Projeto alemão dava proteção ao servidor da posse contra o dono da coisa, contra o patrão. O empregado, que fosse despedido do serviço, teria ação possessória para ficar na casa até expirar o prazo do art. 1.221 e parágrafo único. O

art. 487 não se presta a isso. Se bem que a evolução da teoria da posse tenha sido no sentido de dar entrada no mundo jurídico, como fato jurídico de posse, à *detenção,* não se foi até a entrada da simples tença do servidor da posse.

A posição que o Código Civil aponta ao servidor da posse mostra que o sistema jurídico não identifica o *poder fático* („o exercício, pleno, ou não, de algum dos poderes inerentes ao domínio, ou propriedade", art. 485) com a *naturalis* possessio: o servidor da posse, que tem a *naturalis possessio,* o *corpus,* não tem posse, não tem o poder fático. Vê-se bem, por ai, quanto se abstraiu do conteúdo físico, de que as antigas teorias e sistemas jurídicos não se puderam desembaraçar.

4. Regra *sobre posse.* Na dúvida entre tratar-se de serviço da posse, ou de posse imediata, entende-se haver essa (i.

Biermann, *Sczchenrecht,* 2ª ed., 11).

Quando o servidor da posse se torna possuidor imediato, mudou-se-lhe a causa de ter. O poder fático migra do possuidor próprio para ele, no que se refere à posse direta. Abusou-se da alusão à vontade, para se explicar essa transformação *(Protokolle,* III, 30 s.; E Endemann, *Lehrbuch,* II, 7ª art. 152 nº; C. Franck, *Der Besitzwille,* 13 s.; P.

Schwab, *La Thénrie* possesso *9-e objective, 44 a).*

5.

Autotutela do *possuidor e serviço da posse.* O servidor da posse tem o *direito a* exercer a autotutela do possuidor, — não só quanto às coisas confiadas a seu cuidado como também respeito àquelas que pertencem a esfera em que o senhor da posse lhe permitiria a defesa, inclusive contra outro servidor da posse que as tenha a seu cuidado.

Não se pode, quanto às coisas não entregues à guarda imediata do servidor da posse, afirmar que o servidor da posse tem o direito de exercer a autodefesa do senhor da posse (Th. Kipp, em E. Windscheid~ *Lehrb uch,* 1, 9ª ed., 791), ou que o não tem (E. Brodmann, em G. Planck, *Rornmentar,* III, nº ed., 61). Há imprecisão do que seja a *área* do serviço da posse. Se o serviço da posse só se refere à coisa (vigia das obras do edificio de apartamentos A), não há direito ao exercício de autotutda, quanto à coisa que não está na área do serviço da posse (retirada de frutos ao sitio 8, residência do que coir~ide ser dono do edificio de apartamentos A). Entende-se que os domésticos, a despeito da especialização dos serviços, são servidores da posse das coisas, com que têm de trabalhar, e da casa, com o que nela se contém, no tocante à defesa; porque essa é concepção social vigente (a cozinheira pode defender a posse da biblioteca do patrão).

Se al9uém exerce a autodefesa do possuidor, sem ser servidor da posse e sem caber o ato na área de serviço da posse, exerce direito alheio, ou o direito público de impedir crimes *(e.g.,* domésticos, quanto ao estabelecimento comercial do empregador; empregados do estabelecimento, quanto às coisas da casa particular dos donos ou do dono).

Pode dar-se a) que o serviço da posse se exerça à *parte* (agente, diretor de sucursal, operário que trabalha em casa, viajam te com mostruário do patrão), ou *b)* que se exerça co *Iodo do senhor da posse* (empregados domésticos, jardineiro, secretário). Exagerou 1k Leonhard *(Vertretung beirn Fahrniserwerb, 77)* o elemento espacial; o que vendesse no balcão, na loja, ou, até, nas ruas, seria servidor da posse; não assim o que viajasse com as amostras e mercadorias, nem o operário que trabalhasse em casa.

Por outro lado, TEu Kipp (B. Windscheid, *Lehrbuch,* 1, 9ª art., 786)

tentou apagar o serviço da posse, em *b)*. Ambos sem razao, embora se não possa tomar atitude de discriminação a *prio ri:* o agente comercial pode ser possuidor, em vez de simples servidor da posse, se há entrega das mercadorias com mediatização do dono delas. A mulher que vai ajudar o marido, ainda excepcionalmente, no seu escritório, consultório, ou laboratório, é servidor da posse; bem assim o marido que vai ajudar a mulher no seu negócio. E indiferente se o faz sempre, ou se só o faz no momento. A duração do serviço não importa: pode ser de alguns minutos *(e.g.,* o do que ajuda a carregar embrulhos), ou permanentc o serviço da posse. As vezes exsurge posse imediata, ou composse.

6.

A tença ou detenção sem posse *e as leis.* A tença, ou detenção, não se acha no Livro III, Titulo 1, da Parte Especial do Código Civil, que trata da posse. No entanto, lá está no art. 168 do Código Penal, *verbis "a* coisa alheia móvel, de que tem a possc ou a detenção." Ai alude a lei penal à posse imediata ("posse") e ao senhorio de fato ("detenção"), com causa; por-tanto, ao caso do servidor da posse, e não a casos como o de quem achou no bolso a coisa alheia. Evidentemente, não houve nivelação cultural com o direito civil. A tença simples é intransmissível a causa de morte ou entre vivos. No art. 169 é que o Código Penal cogita da tença sem causa *(verbis* "por erro, caso fortuito ou força da natureza").

A simples tença também pode aparecer nos que *apresentam* títulos ao podador ou recibos. E pode ser atendida, eventual e transitoriamente, no art. 500.

O precarista não é possuidor; não há poder fático suficiente. Tal é o que ocorre com o leitor no salão da biblioteca, ou no salão de leitura do hotel ou do navio, no uso do jardim pelo vizinho na ausência do dono, na retirada de água no terreno próximo, com permissão, em caso de falta de água, no uso do elevador dos números pares por estar em conserto o dos números ímpares, ou vice-versa, ou dos talheres do restaurante. *A fortiori,* se há apenas inserção ocasional no espaço: as roupas do hóspede que se foi banhar na piscina, e estão no meu quarto. Em todos esses casos, falta relevância jurídica (E. Ostertag, Sachenrecht, Kommentar de M. Gmúr, IV, *III,* 2ª ed., 13). Ou melhor: o poder fático — dependente de outrem e "precário" — não entra no mundo jurídico como posse.

Por outro lado, é preciso advertir-se em que o servidor da posse que, ao exercer o direito de autodefesa do dono da posse, também defende aquilo sobre que tem posse plena, mediata ou imediata, não exerce, por assimilação, aquele direito. Há o direito de exercer a autodefesa alheia e o exercício da autodefesa própria (e.g., o caixeiro que pôs em cofre seu, ou alugado, os documentos do patrão, defende a posse alheia, de que é servidor, e a sua, no que concerne ao cofre; sobre isso, Er. Leonhard, *Vertretunq* beirn *Fohrniserwerb,* 78, que lembra os casos do empregado que usa o próprio tinteiro ou caneta de tinta).

Se o servidor da posse usa a coisa contra a vontade do possuidor, viola a posse desse. Os agentes de companhias e mais empresas são, de regra, servidores da posse.

Os órgãos das pessoas juridicas não só os possuidores imediatos, como os representantes, ou mandatários, os locatários; são órgãos, instrumentos *orgânicos* da posse: os atos, que praticam, de posse, ou em defesa de posse, são atos *da pessoa jurídica,* e não seus. Veja § 1.071, 6; e Tomo 1, §§ 75, 3 e 5, 86, 5, 91, 94-98.

§ 1.070. Posse geradora de propriedade

1.

Conceito *de* aquisição *pelo* posse de *boa-fé.* Não é só a posse de boa-fé que leva à usucapião; há usucapião sem boa-fé. E há propriedade gerada pela posse de boa-fé, animo domini, sem que se exija o elemento *tempus,* que é ineliminável na usucapião. E verdade que a doutrina francesa pretendeu reduzir a aquisição pela posse de boa-fé à classe das aquisições por usucapião, considerando usucapião instantânea (= aquisição por prescrição instantânea) a aquisição pela posse de boa-fé, mas tal expediente, mais explicativo que definidor, sofreu a devida critica, e foi afastado. A aquisição pela posse de boa-fé tem outras origens e outro fundamento que a usucapião.

O que transfere a propriedade dos títulos cambiários e cambiariformes e dos demais títulos transferíveis pela posse não é o endosso ou o acordo sobre a transferência; é a transferência da posse após ou *seguida* do endosso transferente ou do acordo sobre a transferência. O

endosso-mandato, ou, mais geralmente, o endosso-representação, o endosso pignoratício, e o endosso pelo órgão da pessoa jurídica a outro órgão, não transferem, porque a posse, que os precedeu ou a qualquer deles sucedeu, não foi posse de dono, mas posse imediata, ou posse de órgão. Para que o endosso seja transíativo da posse-propriedade é preciso que seja endosso de dono para dono, ou endosso como ato de exercício de poderes outorgados pelo dono para dono; mas tal endosso, só, não basta à transíação: faz-se mister a tradição do titulo, segundo os principios concernentes à transferência da posse, ou à aquisição da posse, de boa-fé. O

que há a mais é que, a respeito de tais títulos, a transferência regular da posse a quem está de boa-fé tem por eficácia a transferência da propriedade. Porém transferência pode existir sem que seja derivada do endossante a posse-propriedade do endossatário. A aquisição do direito cambiário pelo endossatário é *originária,* provém da posse de boa-fé, a que, em se tratando de título endossável, se exige, como elemento do suporte fático, o endosso. O endosso abre a porta à aquisição. A aquisição é eficácia de ato jurídico em cujo suporte fático há de haver endosso + posse de boa-fé.

2.

Usucapião. A posse para usucapir é elemento de suportes fáticos em que entram posse, titulo, boa-fé e tempo, ou somente posse e tempo.

3.

Direito e ação publicianos. A posse para usucapir, somada àboa-fé, foi tida como suporte fático de ato jurídico *stricto sensu,* de que nasceria o direito publiciano, isto é, o direito de que se irradiavam: *a)* a *actio Publiciana,* em caso de se perder tal posse; *b) utiliter,* as ações que servem ao proprietário, como a de indenização por dano à coisa (L. 11,

§ 8, e L. 17, D., ad *legem Aquiliam,* 9, 2; Er. Eisele, Der Anspruch des gutglâubigen Besitzers, *Archiu fOr die ciuilistische Praxis,* 67, 58 s.), *c)* as ações divisórias (L. 7, § 2, D., communi *diuidundo,* 10, 3), *d)* o poder de constituir certos ônus sobre a coisa (L. 18 e L. 21, D., *de* pignoribus, 20, 1), até que nasça o direito de propriedade.

Tal direito é patrimonial e absoluto. Diz-se que é direito relativo, tanto que não se exerce contra o proprietário (L. 7, § 6, D., *pro emptore,* 41, 4); mas sem razão porque o propnetano tem apenas a *exceptio* dominO (L. 16 e L. 17, D., de Publiciana in *rem actione,* 6, 2), suscetível de ser-lhe oposta replicatio.

Alguns escritores negaram que, no direito comum, a posse fosse pressuposto necessário para a actio *Publiciana* (Huschke, Das *Recht der Publicianischen Klage,* 22 e 60 5.; A. Brinz, *Lehrbuch,* 1, 2ª ed., 717 5.; B~ Windscheid, *Lehrbuch,* 1, 9ª ed., 1.018). Contra: E. Pagenstecher (Die *rórnische Lehre vom* Eigentum, 111,196-198), Th.

Gimmerthal *(Lhe* publicianische *Klage und* die *Mancipation,* 81), fora os que exigem, como A. von Vangerow, pelo menos, que o autor tenha estado na posse da coisa. Actio ficticia, era de esperar-se que copiasse a ação de usucapião, a que a posse é exigida (cf. o? Sonnenthal, *Ist* Besitz *nothwendiqe* Voraussetzung *der* actio Publiciana?, 28).

A coisa deve ser suscetível de ser usucapida (L. 9, § 5, D., de *Publiciana in rem* actione, 6, 2), mas a ação aplicava-se em caso de enfiteuse (L. 12, § 2).

Tem-se, hoje, de responder a pergunta que se impõe, tanto mais quanto ainda não se enfrentou a questão na doutrina e na jurisprudência: ~Tem o sistema jurídico brasileiro — após o Código Civil, entenda-se — a ação publiciana? No Tomo Xl discutir-se-á o assunto, que se torna delicado, devido ao art. 521 do Código Civil.

Capítulo II

Espécies e Caráter da Posse

§ 1.071. Posse imediata e posse mediata

1.

Conceitos de posse *imediata e de* posse *mediata.* Posse mediata é a que se tem por sobre outra, que serve de mediadora para o poder fático. Cumpre, porém, não se exagerar o papel de mediação. O possuidor mediato está em plano superior; é a sua posição, aí, que o faz superior, — não a existência do possuidor imediato. Os juristas costumam figurar as duas posses, como se duas pessoas estivessem de pé, uma sobre os ombros da outra, de modo que, faltando a de baixo, a outra viria ao solo, deixando o nível em que se achava. Não é isso o que ocorre. A posse imediata é apenas posse direta exercida por outrem; se falta o possuidor imediato, ou o possuidor indireto vem, também, até embaixo, enchendo toda a extensão possível do poder fálico, ou se abstém de descer até àcoisa, e com isso se expõe a que alguém se insinue no estrato em que estava o possuidor imediato. Essa é que é a concepção científica das espécies de posses. O que alugou o terreno e cria que o locatário lá estava, quando já se ausentara definitivamente e terceiros exploravam o terreno, está exposto a que esses terceiros se digam locatários, sem no serem, mas, também, a que comecem de possuir como donos (= subindo ao nível do possuidor próprio). O locatário, que não passou a ter poder fático como dono, e continua a considerar-se tal, a despeito de não mais haver relação jurídica de locação, porque o dono da coisa renunciou à propriedade imobiliária (art. 589,11, e § 1ª) ou derrelinqúiu a propriedade imobiliária (art.

592, *verbis* “abandonada”, e parágrafo único), épossuidor imediato. Por onde se vê que a posse imediata é posse direta da coisa pelo que não é dono da coisa, e não, necessariamente, posse direta da coisa *em nome de alguém.* O proprio nomine e o alieno nomine revelam residuos de teorias da posse já superadas. Para os conservarmos, teríamos de esvaziá-los da antiga concepção da *detentio* dos possuidores imediatos. Embora não sejam imunes a critica, prefiramos

“posse própria” e „posse não-própria.”

A posse mediata, por sua vez, pressupõe que o poder fático não seja direto. Dizer-se que pressupõe *relação* entre o possuidor mediato e o imediato é “imaginar” a sua formação; não, defini-la. O possuidor a título de usufrutuário continua possuidor imediato, a despeito de ter cessado o usufruto; o possuidor mediato continua no seu nível, a despeito de ter falecido o usufrutuário, ou de ter-se mediatizado, ele mesmo, pela locação do prédio usufruído. A teoria da posse ganha em se terem as posses mediata e imediata como dois elementos

topológicos, E‟ e E”, cuja soma é E (posse plena). O problema é de *Analisis* situs, e não de psicologia, menos ainda de utilização do homem pelo homem. A situação do possuidor mediato que não assumiu a posse direta é a de conjunto possessório E, não vazio, em que há “interior” vazio; a situação do possuidor mediato, que assume a posse, é a de posse em que se dá a aderência de E‟ e E”.

A posse mediata é a que, pelo menos ao se formar, continha pretensão à entrega, sem ser por ato ilícito do obrigado. Está claro que, ao dizermos isso, já aludimos a efeitos da posse, portanto àposse, no sentido *b),* e não no sentido a), pura situação de fato. Situação de fato não pode conter pretensão, que é conceito jurídico. Tampouco, a proposição “toda posse imediata importa pretensão à entrega, por ato não-ilícito, contra alguém”, serviria para a definir: já se está no plano da eficácia.

E erro exigir-se à posse mediata e à imediata existir entre elas relação jurídica *(e.g.,* L. Bartels, Ausfúhrungen zur Besitzlehre des 3GB., *Gruchots Beitrôge,* 42, 659; CarI Reiss, *Uber mittelharen Besitz,* 20). A relação não é jurídica,

— é fática, donde ser impertinente exigir-se-lhe validade ou eficácia jurídica.

2.

Pluralidade possível de posses *mediatas.* Pode haver duas ou mais posses mediatas, porque E pode ser a soma de E‟, E”, E”~a relação de E” para E”‟ é como a de E‟ para E” (locador, locatário, sublocatário; proprietário, usufrutuário, locatário, sublocatário). Nada obsta a que a mesma pessoa seja possuidor mediato do grau superior e possuidor imediato (nu proprietário, usufrutuário e locatário do prédio usufruído; devedor penhorado, juízo, e devedor-depositário). O que não teria sentido seria ser possuidor mediato do último grau inferior e possuidor imediato (= ser E‟

e E”) ou possuidor mediato de dois graus vizinhos. Diferente é o que se passa quando alguém, que é locatário, é nomeado depositário judicial da coisa locada, que se seqUestrou ou penhorou: aí, há o mesmo possuidor imediato, sob duas posses mediatas do mesmo grau. (O ato do árgão da pessoa jurídica é ato da pessoa jurídica, e não dele, de modo que falta o pressuposto de duas títularídades de posse, pelo

menos.)

Não se pode reduzir a posse mediata a simples situação de titularidade da pretensão à restituição, como pretendeu O. Wendt (Der mittelbare Besitz, *Archiu fOr die civilistische Praxis,* 87, 47 s. e 69; *Gutachten,* 5 s.). Primeiro, com isso se aludiria ao direito e à pretensão à restituição, que estão no mundo juridico. Segundo, se rebaixaria a posse mediata, que é tão posse, tão poder fático, quanto a outra (O. Gierke, *Die Bedeutung des Fahrnisbesiízzes,* 7, nota 15; *Gutachten,* 32 e 35 s.). Não se trata de ficção, mas de concepção germânica da posse, da Gewere alçada (E Leonhard, *Vertretung beim Fahrniserwerb,* 70).

Disse Martin Wolff *(Lel-irbuch,* III, 27ª-32ª ed., 26) que, no contrato de prestação a favor de terceiro, o promissário é possuidor mediato e o destinatário também. Mas, evidentemente, ai ainda se está no plano obrigacional.

A transmissão da propriedade ou da posse não pode ser a dois, *exclusivamente* para um e outro. Só um pode ser o possuidor próprio. Se o depositante, que estipulou a favor de terceiro, transmitiu a posse ao destinatário e ficou com a propriedade, então há a posse do depositário, sobre a qual está a do terceiro, e sobre essa está a do proprietário que ainda não perdeu a propriedade e, pois, a posse própria.

Tentou A. Last (Fragen der Besítzlehre, *iherings iahrbúcher,* 63, 98 s.) derivar do direito romano o conceito de mediatização da posse; não no conseguiu. A origem é germânica. Não se pense, todavia, que o direito brasileiro só a teve com o Código Civil. Textos do século XVI falavam de posse dos que têm direito a dízimos: "... constando que o dito cabido está na posse de haver e lhe pagarem os ditos dízimos, o mantenham na dita posse... em quanto por sentença final.., o contrário não for determinado" (Alvarás de 3 de fevereiro de 1550, 2 de maio de 1647 e 18 de fevereiro de 1778). No século XVI, Pedro Barbosa, no comentário ao L. 2, C., de praescriptione, nº 270, Alvaro Valasco *(Quaestionum luris Emphyteutici,* 9, 18, nº 12) e Manuel Alvares Pêgas (Resolutiones *Forenses,* II, 917) concebiam a posse do senhorio dos bens enfitêuticos como posse mediata; e João Rodrigues Cordeiro *(Dubitationes,* d. 42, nº 38 e 43) frisava competirem-lhe as ações possessórias contra quem lhe negasse a posse, inclusive o foreiro que nega o foro. Nem Antônio de Sousa de Macedo *(Decisiones,* 151), nem Manuel Alvares Pêgas *(Tractatus varii,* 1, c. 5, nº 444, e Resolutiones

Forenses, II, 919 e 941) confundiram a falta de execução da obrigação de foro com a turbação ou esbulho da posse do senhorio. Confundiu-os, sim, Correia Teles (Digesto *Português,* 1, nº 662, 84).

3. *Unicidade da posse* imediata. Posse imediata só há uma; posses mediatas podem coexistir, em graus diferentes *(e.*

g., dono-locador, locatário-sublocador). Se A, dono da casa *a,* que tem quatro quartos, banheiro, sala e cozinha, dá em locação a B dois quartos e B os subloca a C, A é possuidor mediato dos dois quartos locados, como B o é, já em segútdo grau, e possuidor imediato dos restantes dois quartos, banheiro, sala e cozinha; C épossuidor imediato dos dois quartos locados e pode mediatizar-se sublocando-os, por sua vez, a D. B de repelir-se que C tenha a posse imediata, e exerça a de B e a de A, ou que B, se não sublocou os dois quantos, tenha a posse imediata e exerça a de A.

Ocorreu isso a E Kniep *(Der Besitz,* 12); mas é falso, porque a relação jurídica entre B e A, ou entre C e B ou A, não é possessória, é obrigacional. Por outro lado leva a equívocos dizer-se que a posse mediata precisa da posse imediata para que exista (o locador continua possuidor mediato se o locatário perdeu a posse), ou pensar-se em representação do possuidor mediato pelo imediato, o que orça por intempestivo e falso romanismo, pois o direito romano não tinha a representação; o prestar *ministerium* à posse alheia não era representar, como parecia a A. Last (Fragen der Eesitzlehre, *(Jherings JahrbOcher,* 62, 71 s.). A diferença principal está em que hoje se tem a posse imediata como protegida como tal, — sem mais se conceber que o possuidor apenas *praestat alienae* possessioni *ministerium* (L. 18, D., *de adquirenda vel amitterída* possessione, 41, 2). A relação jurídica a que a posse imediata implicitamente alude apenas „qualifica", — no mundo fático, entenda-se — a posse de alguém que não contém a situação de plenitude (posse de dono). O fato de ser jurídica e não só fática essa situação de modo nenhum faz ser jurídica a subordinação da posse imediata à mediata. Tanto assim que C pode exercer a posse de sublocatário, que é imediata, sem que tivesse havido locação a B; e B mesmo pode exercer a posse de locatário se bem que nunca tivesse havido locação *(e.g.,* por ser contrato inexistente ou contrato nulo). O possuidor imediato só o é porque se poda como tal, e não porque exista a relação jurídica de locação: o limite da posse imediata está nela mesma; o que fica *para aquém dela* é a posse mediata.

Por isso mesmo, turva o trato do problema dizer-se que a posse

imediata deriva sempre do *ius* possessionis do dono, ou do que se mediatizou. O possuidor imediato pode ter recebido (e é provável que tenha recebido), de alguém, possuidor mediatizado, a posse, mas posse derivada e posse imediata nem sempre coincidem. O possuidor-locatário, que recebeu a coisa do usufrutuário, que por sua vez é titular de direito de usufruto constituído por não-dono, se bem que exposto à reivindicação pelo dono, é possuidor imediato, com a tutela possessória, ainda que nula, e não só ineficaz, a constituição do usufruto.

4. *Fontes da* mediatização. O possuidor mediato pode não ser dono. Tal acontece sempre que o possuidor imediato (usufrutuário, locatário, tutor, curador) se mediatiza, *e.g.,* se o usufrutuário aluga a coisa, ou o tutor ou curador constitui administrador com posse, dos bens. Daí a graduação da mediatidade: posse de dono *(a),* posse de não-dono que se exerce como de dono *(a‟),* posse imediata que se conserva tal *(b)* e posse imediata que se mediatiza *(b‟).*

As posses *(a)* e *(a‟)* são *Eigenbesitz,* posse própria; as posses *(b)* e *(b‟),* posse não-própria, *Fremdbesitz.*

Tem-se chamado posse de primeiro grau à posse que vem após a posse imediata, e de segundo, terceiro, quarto grau e assim por diante, às que se seguem àquela (Ferdinand Regeisberger, Der gerichtliche Besitzschutz, Festschrift, 255 sj. Não é sem inconvenientes esse modo de ordenar as posses: por vezes é a posse imediata que se mediatiza, criando-se posse mediata, nova, que não existia. A intercalação de posse mediata entre posses mediatas é rara. O

exemplo mais tipico é o da constituição de usufruto pelo dono do prédio que o locou.

Não se pode dizer que a posse imediata implique existir possuidor mediato. Apenas implica o fato da posse, o poder f ático sobre a coisa, que se cornpôs como se tal posse mediata existisse: o limite é riscado pelo próprio poder fático, *ao acontecer,* e nao pelo contrato, ou, sequer, o fato de existir a posse mediata. Mais aproximado da exata expressão seria dizer-se que a posse é imediata porque não é mediata. Também não traduz a verdade af ir-mar-se que a posse imediata depende da vontade de dois possuidores, porque, então, se desceria à investigação da causa do negócio juridico de que pode ter provindo a posse, acentuando-se a atividade do *tradens* e do accipiens. O que

exerce direito de pastagem, ou de pesquisa, criado em lei, não é proprietário, nem tem posse de proprietário, nem teve negócio jurídico com ele, e no entanto tem posse imediata. No art. 486 não se aludiu só àposse "por força de obrigação"; aludiu-se à posse "por força de direito", — o que abre portas a situações possessórias diretas 4H imediatas), que se originam de ato juridico de outrem que o possuidor mediato, ou de lei.

Sempre que é a lei que cria o direito, há posse, derivada dele, que não se irradiou de ato jurídico do possuidor mediato, nem sequer derivou do seu direito.

5. *Posse* mediata também *é poder fático.* A posse mediata é poder fático, porque o fático não é só o corporal; razão essa, e assaz, para que se tenha por falsa qualquer teoria que aluda a *ficção.* Por outro lado, não é preciso que haja duas titularidades, a da posse imediata e da posse mediata. Assim, são possuidores imediatos, entre outros: *a)* o usufrutuário; *b)* o usuário; e) o habitador; *d)* o locatário; *e)* o sublocatário; fi o comodatário; g) o inventariante; *h) o* administrador de massas ou de coisas; 9 o mandatário de negócios jurídicos transíativos *(e.g.,* alienação de prédios ou de bens móveis); j) o titular do pátrio poder; k) o tutor; 1) o curador; m) o chefe da sociedade conjugal; n) o guarda-móveis; o) o comissário de venda; p) o transportador; q) o armazenador; *r)* o consertador; s) as autoridades públicas, como órgãos do Estado, quanto aos objetos que são apreendidos pela polícia, ou a ela foram entregues pelos juizes, ou pelos interessados; t) o depositário judicial dos bens sequestrados e enviados a depósito; as autoridades públicas, nas requisições passageiras, ou protegidas por elas durante as circunstâncias de que cogita o art. 52, XXV, da Constituição de 1988, ou pela urgência antes da inter venção judicial; *v)* o devedor depositário das coisas penhoradas.

O comprador, nas vendas e compras a prazo, com entrega da coisa (reserva de domínio), não é possuidor imediato, e sim próprio (sem razão: Th. Kipp, em E. Windscheid, *Lehrbuch, 1,* 9ª ed., 796; A. von Tuhx-, Der *Aligemeine Teil* 111, 297, nota 37; M. Wolff, *Lehrbuch,* III 27ª - 30e ed., 25; L. Rosenberg, *Sachenrecht,* 130; O.

Warneyer, *Kornmentar,* II, 19; com razão: G. Planck, Konimentar, III, 4ª ed., 86; J. Biermann, *Sachenrecht,* 46; E

Kretzschmar, *Das Sochenrecht,* 38; 1-1. Kress, *Besitz* und *Recht,* 196 5.;

A. Thiesing, Erwerber unter Eigentumsvorbehalt, Archiu *fiiir* Búirgerliches *Recht,* 20, 246; nossos *Comentários* ao *Código de Processo Civil* de 1939, *111,1,* 231-245).

Se há venda sob condição suspensiva, sem entrega da coisa, ou com suspensão de algo da posse, dá-se, ali, mera situação de direito das obrigações e, aqui, mediatização do vendedor.

Se houve transmissão fiduciária, discute-se se o fiduciário épossuidor imediato frente ao transmitente. Afirmam-no, sem razão, L. Enneccerus *(Lehrbuch,* 1, 34ª ed., 364 sã, e M. Wolff (Lehrbuch, III, 27ª-3O~ ed., 25); negam-no l-Ieckelrnann (§ 867 13GB., Leipziger Zeitschrift, IX, 1.429 s.), que foi o único a dar fundamentos à discussão, e O.

Warneyer *(Kornrnentor,* 11, 18). A questão tem preliminar, que é a de existir e valer, na espécie, a fidúcia. Tem-se, ai, a figura contrária da reserva de domínio: o domínio vai, e fica ao transmitente, que se fiou no adquirente, apenas a eficácia que se irradia da relação jurídica de direito das obrigações, inclusive, se houve condição resolutiva, o direito àseparação da massa concursal, se tem os requisitos de publicidade, e para se embargar de terceiro a execução do bem como do fiduciário. Dir-se-á que, havendo a relação jurídica de direito das obrigações (administrador, mandatário, credor pignoratício, cobrador, locatário), há de haver posse do fiduciante e, pois, mediatização dela, pela natureza da relação jurídica entre ele e o fiduciário. Porém a mediatização da posse não depende só de ter posse o que está em relação jurídica de direito das obrigações, ou de outro ramo de direito pessoal, com aquele de quem na houve, — é de exigir-se que o transmitente também tenha posse. Assim, o problema reduz-se ao de se saber se o fiduciante conserva a posse. Primeiro, o proprietário sem posse pode transmitir fiduciariamente *(e.g.,* em fidúcia para garantia ao advogado que vai pedir ou recuperar a posse). Segundo, casos há em que, pela associação com o constituto possessório, ª

fiduciante fica com a posse, mas posse de possuidor imediato, sendo mediato o fiduciário. Se a transmissão fiduciária nenhum acordo contém sobre posse, toda a posse está com o fiduciário, porque a posse é fato e perante o *alter.* Assim como o locatário, antes de ter consigo a coisa locada, não é possuidor, assim também o fiduciarile, se não fica com algo da posse *(e.g.,* constituto possessório), não é possuidor. Se o fiduciário recebeu a coisa com a obrigação de, após a transmissão, dar a posse ao fiduciante, o fiduciante imediatiza-se, e mediatiza-se o

fiduciário. Não nos esqueça que a propriedade é direito absoluto, e há a impossibilidade de se tirar, *in abstracto,* à propriedade todo o direito a posse, sem regra jurídica especial, como a respeito da venda e compra com reserva de dominio.

O herdeiro fiduciário ou legatário fiduciário não é possuidor imediato, mas próprio (L. Rosenberg, *Sachenrecht,* 131; E. Rohde, *.Studien,* XXI, 49; insustentável a opinião contrária de E. Kniep, *Der Besitz,* 16).

6. *Possuidores e* não-possuidores. Também não são possuidores imediatos: *a)* o vendedor antes da transmissão, — sê-

lo-ia o comprador, a quem, antes da transmissão, o vendedor concedeu a posse em comodato, ou o comprador seria possuidor desde logo, se houve tradição; *b)* o órgão da pessoa jurídica, pois quem possui é a própria pessoa jurídica, e não ele, donde resulta que não épossuidor imediato, nem servidor da posse (O. von Gierke, *Deutsches Priuatrecht,* II,

§ 114, nota 37; J. Biermann, *Sachenrecht,* 47; G. Planck, *Kommentar,* III, 4ª ed., 44; Th. Kipp, em E. Windscheid, *Lehrbuch,* 1, 9ª ed., 788; E. Mafthiass, *Lehrbuch,* 5ª ed., 425; M. Wolff, *Lehrbuch, III,* 27ª-30~ ed., 16; L. Mitteis, na 8ª ed. de K. Cosack, *Lehrbuch,* II, 38; sem razão os que vêem nos órgãos servidores da posse, como: K.

Cosacl□, *Lehrbuch,* II, 6ª ed., 99; E. Strohal, *Der Sachbesitz,* 15 5.; C. Crome, S~steni, III, 25, nota 19 e 26, nota 29; e os que vêem nos órgãos possuidores imediatos, como H. lsay, *Die GeschàftsJúhrung,* 265 s., e F. Kretzschmar, *Das Sachenrecht,* 38). Veja § 1.069, 6.

7. Posse *da coisa perdida e achada por outrem.* Pergunta-se se é possuidor mediato a pessoa que perde a coisa se essa é achada por outrem (inventor, achador), que a guarda. A doutrina tem discutido assaz essa questão. Negam-no: Karl Rober *(J. v. .Staudingers Kommentar,* III, 7ª-8ª ed., 62), E. Erodmann (G. PIanck, *Kornmentar,* 1H, 4ª ed., 86 s.), J.

Eiermann *(Sachenrecht,* 47), O. von Gierke *(Deutsches Priuatrecht,* II, 219; *Die Eedeutung des Fahrnisbesitzes,* 7), Th. l□ipp (E. Windscheid, *Lehrbuch,* 1, 9ª ed., 795), O. Warneyer *(Kornmentar,* II, 19); cf., principalmente, L. Rosenberg *(Sachenrecht,* 136). Afirmam-no: O. Wendt (Der mittelbare Eesitz, *Archiu fOr die civilistische Praxis,* 87, 62 s.), E.

1.

Eekker *(Aphorismen zur Besitzlehre,* 20 s.), L. Bartels (Ausfúhrungen zur Besitzlehre, *Gruchots Beitrâge,* 42, 645), E. Kniep *(Der Besitz,* 152-155).

No direito civil alemão, o § 966 disse que o inventor tem o dever de guardar a coisa; e dessa custódia resultaria, segundo O. Wendt, invocando a E. 14, *pr.,* D., *de furtis,* 47, 2, e a L. 35, § 4, D., *de contrahenda* emptione, 18, 1, a mediatização da posse do dono, ou outro possuidor perdente da posse corporal da coisa. Por seu lado, E. 1. Eekker argumentou que, se o depositário é possuidor imediato, o achador também o é; e E Kniep acentuou que o achador é apenas gestor de negócios, portanto a sua posse mediatiza a do dono, ou outro possuidor, que perdesse a posse corporal da coisa. No direito brasileiro, não há regra jurídica escrita que corresponda ao § 966 do Código Civil alemão: quem acha a coisa, tem o dever de "restitui-la ao dono ou legitimo possuidor" (art. 603); se o conhece, comunica-lhe a achada, ou, se o não conhece, diligencia "por descobri-lo" (art. 603, parágrafo único); enquanto não o descobre, guarda o achádigo. Tudo está em se saber se, nesse lapso, o achador tem a posse imediata, mediatizado, sem no saber, talvez, o dono, ou legítimo possuidor; ou se é o achador apenas servidor da posse, por força da lei. O Código Penal, art. 169, parágrafo único, II, tem por crime de apropriação indébita achar coisa alheia e dela se apropriar, deixando de restitui-la ao dono ou legitimo possuidor, ou de entregá-la a autoridade competente, no prazo de quinze dias. Desde que o achador comunica ao dono ter aahado, faz-se possuidor imediato, se antes já se não fizera, crendo que a coisa fora perdida, e não derrelicta, — o que lhe impede *ocupar.* Enquanto investiga quem é o dono, a sua posse corporal já o imediatiza, à semelhança do que se passa com o gestor de negócios. Se transforma a posse do achádigo em posse própria, pode vir a ocupar, ou a usucapir, conforme as circunstâncias (derrelicção postdior pelo dono, transcurso do tempo segundo o art. 619). O exceder o achador os quinze dias, de que fala a lei penal, não significa que transformou em própria a posse de achador, se as circunstâncias pré-excluem que se pense em tal transformação. Com a entrega à autoridade competente (art. 603, parágrafo único), dentro ou depois do prazo legal, a autoridade é que passa a ser possuidor imediato do dono ou legítimo possuidor, até que se completem os seis meses (art. 606). Após isso, inclusive enquanto se está a proceder à hasta pública, ou antes de ser anunciada, a autoridade exerce a posse, em nome do Estado, conforme os princípios que regem a sua relação com ele.

8. *Tomada da* coisa sem *entrega.* Outra questão é a de se saber se pode ser possuidor imediato (= possuidor que mediatiza o outro possuidor) quem *tomou* posse da coisa, que lhe haveria de ser entregue para direito ou dever seu, sem que tivesse havido *entrega.* Noutros termos: tPode dar-se mediatização de posse, sem ser derivada a posse do que se pretende ou alguém pretende seja possuidor imediato? O caso do achador e o da nova questão entram nessa pergunta, o que faz ressaltar a semelhança deles. Se A, usufrutuário, dono, ou locador, aluga a casa a B e não lha entrega, mas B dela se apossou, como locatário, B, a despeito de ser originária, e não derivativa, a sua posse, é possuidor imediato? À base do seu ato esteve justiça de mão própria, o que exclui a contrariedade a direito, e isso deixa campo aberto à solução. No entanto, a doutrina dividiu-se: pela exigência de ter direito à posse o que se faz possuidor imediato, mediatizando o dono ou possuidor, portanto excluindo a existência de posse imediata de aquisição originária, V. Eruns *(Besitzerwerb durch Interessenuertreter,* 166 5.); contra, entendendo que a derivação, que se exige, é a do direito de posse, e não a da posse mesma (M. Wolff, *Lehrbuch,* III, 27ª-32ª ed., 24). Naturalmente, não vale a pena discutir-se a opinião de A. Last (Fragen der Besitzlehre, *Jherings JahrbOcher,* 63, 85), que chegou a exigir a vontade de mediatização do dono ou possuidor legitimo. Ora, em verdade, não se exige a derivação da posse, nem a do direito de posse, mas o poder tático, como imediato, em relação a outro. E escusado encarecer-se a enorme importância desse enunciado. O art. 497, 2ª parte, exerce, ai, papel relevante.

§ 1.072. Pretensões à entrega e posse imediata

1.

Conceito *de pretensão à entrega.* Nem toda pretensão à entrega é efeito da mediatização da posse. A pretensão à entrega, que tem o reivindícante (arts. 519, 524, 647 e 1.272 do Código Civil; art. 20, parágrafo único, do Decreto nº 24.643, de 10 de julho de 1934), e a que toca ao possuidor, a que se furtou ou roubou a coisa (art. 521 e parágrafo único), não resultam de mediatização, que é fato não-contrário a direito; nelas, o suporte fático contém elemento contrário a direito. A soma de B e B não daria B; mas algo de teratológico: B + B. Na mediatização, o possuidor de cima, do espaço topológico B‟, recebeu só B ”*(e.g.,* herança de nua propriedade), ou assentiu em que B‟ tocasse a outrem, ou a lei lhe retirou B” (e.g., alojamento em tempo

de guerra, ou comoção intestina, ou perigo iminente, Constituição de 1988, art. 5ª, XXV). A devolução ao possuidor mediato confirma que ele tinha B, isto é, B" + B", ou que se tornou titular do espaço topológico B" (e.g., terminação do usufruto). Toda consideração de deveres e obriga-

ções, ou direitos, pretensões, ações e exceções entre os possuidores mediato e imediato já se desenrola, portanto, no plano dos efeitos.

O art. 486 foi, em terminologia, superior ao § 868 do Código Civil alemão, quando não se referiu a "relação"; mas ambos aludiram á *fonte* da mediatização: o exercício do direito ou o adimplemento da obrigação, por parte do possuidor direto (imediato). Não nos deixemos, porém, enganar com as palavras: há posse imediata, se não existe apelação jurídica de arrendamento, nem de usufruto, nem de comodato, nem de administrador, nem qualquer outro semelhante, como se é inexistente o contrato (e.g., tratava-se de uso e não de usufruto, e o usuário locou o prédio), ou se é nulo o negócio jurídico, mas o possuidor imediato possui como se fosse locatário, usufrutuári9, comodatário, administrador, ou semelhante titular de direito, ou de obrigação. Aqui, melhor se houve o legislador alemão ao dizer

"possui alguém uma coisa *como" (besitzt (Jernand eine Sache* ais).

2.

Pretensão à entrega, efeito de mediatização. Para se verificar quanta razão temos em negar que a pretensão à entrega seja *causa* da mediatização, ou a possa definir, pois que apenas é *efeito* de mediatização, basta que atendamos ao seguinte: *(a)* Ainda que não exista, ou seja nulo, o negócio jurídico de locação, ou de constituição de usufruto, ou outro, de que não se poderia irradiar qualquer direito, dever, pretensão, obrigação, ação ou exceção, há pretensão à entrega, — oriunda, por conseguinte, da mediatização como fato possessório, que entrou no mundo jurídico. *(b)* A mediatização pode resultar de gestão de sem mandato. *(c)* O credor pignoratício, que aluga a coisa, mediatiza-se com o locatário, posto que não pudesse alugar *(d)* O ladrão que deixa em depósito a coisa roubada, ou furtada, pode exercer contra o depositário a pretensão à entrega, porque tal pretensão é oriunda da posse, como fato jurídico, e não causa de posse (cf. arts. 550 e 619; (3. Planck, *Kornmentar,* III, 2ª ed., 87). O ser proprietário, elemento juridico, não precisa estar no suporte fático possessório. No caso de enriquecimento injustificado, Martin Wolff

(Lehrbuch, III, 27ª-32ª ed., 26) alude à condictio *possessionis;* mas tal *condictio* era estranha à criação das ações possessórias, concernia ao injustificado enriquecimento. Pode A, que figurou, talvez notoriamente, como possuidor mediato, sendo E possuidor imediato, vir a perder a ação possessória contra C, ou ser vencido na ação possessória que lhe moveu C; nem por isso A deixa de ter sido no *passado,* possuidor. Dá-se o mesmo na ação reivindicatória.

O possuidor imediato tanto pode pedir proteção contra o possuidor mediato, e vice-versa, como contra terceiros (1ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 3 de dezembro de 1945 *PT* 159/785; 4ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 14 de novembro de 1946, 165/787; 3ª Câmara, 29 de setembro de 1947, 172/121, e 26 de maio de 1949, 181/702; 6ª Câmara 9 de dezembro de 1949, 184/666, que errou no tocante a negar a proteção possessória ao locador contra o locatário, o que vai ás raias do absurdo, por leituras de Tito Fulgêncio e Astolfo Resende e por desconhecer a possibilidade de duas ou mais posses mediatas ou indiretas; sem razão, a 2ª Câmara, a 28 de setembro de 1948, 177/676, que não atendeu à possibilidade de se tratar de proteçao à posse do locador, por ter o locatário ofendido a posse mediata).

A posse de uso, a posse de usufruto, a posse de habitação (não queremos dizer a posse do direito de uso ou de usufruto, ou do direito de habitação, porque não há posse de direito) também é *erga* omnes. O que usa, o que usufrui, o que habita, e a sua posse não vai além disso (não vai, entenda-se, faticamente, porque estamos em pleno mundo fático, sem termos de atender a existência, ou não, de relação jurídica), usa, usufrui, ou habita, em situação fática, real, portanto *erga omnes.* Por isso mesmo, enquanto o locatário, o comodatário, e o inventariante não têm direito real, isto é, não se acham em relação juridica real, a relação, em que eles se acham se possuem, é relação fática real. A ação do locatário contra o locador é relação pessoal; mas, se ele tem posse e há ofensa à sua posse por parte do locador, a ação que ele tem — como possuidor imediato — é a mesma que teria contra qualquer terceiro que lhe turbasse ou esbulhasse a posse.

§ 1.073. Posse do locatário e do sublocatário

1. *Direito* romano. No direito romano, os deveres e os direitos do

locador eram apenas obrigacionais; e a actio conducti, ação in *personam.* Se faltava à obrigação, o locador era condenado a indenizar. Se a coisa lhe fora entregue, não era mais forte a sua posição. Enquanto o comprador, antes da transferência da posse, somente tinha ação pessoal, mas, depois, adquiria direito real, o locatário, ainda com a posse da coisa, continuava com pretensão só pessoal. Era simples detentor, a que nenhuma *actio* in *rem* assistia, impotente diante dos adquirentes posteriores da coisa (O.

Fischer, *Sou Raul Pacht* und *Miete brechen?,* 4 s.). O ladrão tinha a tutela interdital; o locatário, não. Não possuia, estava apenas in possessione. Não se lhe reconheceu, sequer, iuris *quasi* possessio, como a do usufrutuário. Para os juristas romanos tanto era estar com a coisa o escravo como o locatário: *per* colonos *et* inquilinos *aut* seruos nostros possidemus, dizia Pompônio (L. 25, § 1, D., *de adquirenda uel arnittenda* possessione, 41, 2). A ofensa de terceiro ao poder fático do locatário era ofensa ao poder fático, *juridicizado,* do locador, dono da coisa. Esse poderia obrigar-se à defesa do poder fático do locatário, mas a obrigação era pessoal. O texto de Gaio (IV, 153), em que se põem o colono e o inquilino entre as *suhiectae personae,* bem mostra que os juristas romanos ainda estavam impregnados da concepção da família, da casa romana, o que lhes impedia a análise das relações sociais que estavam à base do contrato de locação. Nenhum jurista de hoje conceberia que o locador pudesse retomar, de autoridade própria, a coisa locada, sem qualquer defesa possessória do locatário. Se tal acontecia, só restava ao locatário a ação contratual, iii *personam.* Se, em vez disso, o colono ou o locatário repelisse a tentativa do locador, podia esse lançar mão da ação possessória. Na antiga jurisprudência romana, em tal eventualidade, por ter ofendido a posse do locador, não podia o colono ou o locatário invocar outra ação. Só em tempos mais recentes, pôde o colono ou o locatário afastar a ação do locador por ter justa causa para a resistência. A economia romana, que fazia do *inquilinus* e do *colonus* alguém como os filhos e os escravos, foi responsável pelo atraso da teoria da posse, no tocante aos locatários. O *dominus possessionis* era o chefe de família, que locava algo do seu lar, ou da terra, em que a sua ação social se expandia em toda a extensão. Esse patriarcalismo ainda nos serve de indicio, nos nossos dias, para dizermos qual a idade evolucional dos povos. O direito moderno, correspondente a outra economia e a outros dados de psicologia social, teve de desfamiliarizar o contrato de locação.

2. *Direito* germânico. No direito germânico imobiliário, aquele a que chamamos detentor não podia ter liberdade, porque ser livre era ter

algo próprio ou *allodium* (L. Jacobi, *Miete und Pacht,* 39). Não havia relação juridica puramente obrigacional, que correspondesse à *loca tio* conductio do direito romano (A. Heusler, *Institutionen,* 1, 178 e 377 s.): a quem cabe ter consigo a coisa, sem que dela goze, não tem a *Gewere* e, pois, direito real. Assim todo direito de utilização da coisa era real. Quem tinha a *Gewere* nao era exposto a que outrem lhe tirasse a coisa (eficácia defen-siva); se alguém lha tirara, podia o titular da *Gewere* ir contra o esbulhador ou contra qualquer terceiro (eficácia ofensiva). Como se vê, não se podem identificar as ações oriundas da *Gewere* e as ações possessórias, mesmo porque os princípios jurídicos germânicos não chegaram a distinguir, precisamente, como os romanos, posse e propriedade 3. Recepção. Com a recepção do direito romano, introduziu-se nos povos de fundo jurídico germânico a obrigacionalidade da relação jurídica de locação, mas ainda se percebia a melhor situa~ ção jurídica do locatário, em comparação com a que resultava do direito romano (O. Fischer, *Sou Kauf Pacht und Miete* brechen?, 27; H. Lange, *Der* Besitzschutz *des Pàchters,* 20 s.), chocando-se a prática e os textos. Basta pensar-se em que desapareceu a estipulabilidade de poder o locador, a qualquer tempo, tirar do locatário a coisa; e apareceu a notificação, para as locações sem prazo. O que se observava em todos os povos que haviam vivido o velho direito germânico era a discordância entre a vida mesma, que continuava, e os textos escritos, importados. O locador não podia, a seu talante, pôr fora da coisa locada o locatário nem opor a exceptio de locação se o locatário ia contra ele, com as ações possessórias ou petitórias (aliás, o direito comum lançava mão, aí, para fundamento disso, das L. 20 e 18, pr., D., *de vi et de vi armata,* 43, 16; H. Dernburg, *Pandekten,* II, T ed., 304 s.).

§ 1.074. Compasse

1. Posse só *e* composse. Se a posse não é solitária, ou posse só, ou posse a um, é que duas ou mais pessças têm posse sobre a mesma coisa, ou como possuidores mediatos do mesmo grau (verticalidade das posses), ou como possuidores imediatos, ou diretos. A imediatidade só tem um grau; portanto, se há dois possuidores imediatos, há, necessariamente, composse (horizontalidade das posses): duas ou mais pessoas têm, sobre a mesma coisa, o mesmo poder fático, e podem-no exercer. Se uma delas não o pode exercer, é que o poder fático da outra o impede, e então somente quando aquela retira o obstáculo é que se pode adquirir a posse, *longa manu.* É

preciso, porém, que não se dê relevo ávontade; a composse existe, ainda que os possuidores não na queiram ver, como se um dos herdeiros se crê herdeiro único, ou se os compossuidores exercem o poder fático em momentos diferentes. O serem de dono ou não as posses não importa: um pode ser compossuidor direto, como dono, e outro compossuidor direto, em nome alheio. Há composse direta entre o condômino do terreno, que tem o poder fático, e o locador de certo quinhão: compossui, como titular de E‟/x, com outrem, condômino, locador, titular de fração de E‟, e compossui, diretamente, com o Locatário. E." As concepções metafísicas, platônica ou céptica, partindo, aquela, da relação direta com a coisa, e essa, de fonte subjetiva, não poderiam admitir a possessio *plurium* in solidum. ~Como seria possível que a mesma coisa pudesse ser possuida por duas ou mais pessoas? Onde ficariam na coisa (no espaço da coisa) as vontades e o poder dessas pessoas?

Por outro lado, jcomo poderiam duas ou mais pessoas existir em diferentes espaços e encherem o mesmo espaço?

Dificuldades que se não podiam superar, essas que os filósofos e juristas antigos tiveram diante de si. Já admitia 1.

Kant o serem possuidores da mesma coisa duas ou mais pessoas, sem um *teu* ou um *meu* comum. Em todo o caso, ainda ele recorria ao uso de uma só pessoa e a posse de duas ou mais pessoas: o dominus *directus* teria a posse sem o uso; o dominus *utilis,* esse e aquela (1. Kant, *Metaphysik der Sitten,* Privatrecht, Parte Principal, § 17). À filosofia antiga seria difícil conceber duas pessoas, assim coordenadas em relação à coisa; e o filósofo viu bem que se havia exagerado o papel da coisa. Sem os outros homens, o homem não possui: se só um estivesse na terra e nenhuma posse se confrontasse com a sua, posse não teria ele, como fato juridicizável.

2. Composse *simples e* composse *de* mão-comum. A composse pode ser simples ou de mão-comum, *a)* Na composse simples, cada um tem o poder fático sobre a coisa, independentemente do outro ou dos outros possuidores, que também o têm. Tal é: *a)* a composse *direta* dos condôminos e dos possuidores do mesmo terreno, que foi tomado em posse por todos eles; *b)* a composse *direta* dos comuneiros de apartamentos (comunhão *pro* diviso) quanto às partes comuns, ou a *imediata* dos locatários e outros possuidores imediatos de apartamentos, quanto às partes comuns; a composse *mista* dos possuidores diretos (não imediatos) e imediatos, quanto às partes

comuns do edifício de apartamentos, isto é, de possuidores diretos, como donos, ou não (imediatos); a composse *imediata* dos locatários de quartos (ou sublocatários de partes divisas), quanto à entrada comum, ao tanque de bater roupa (ou lavanderia) e à garagem comum, ou outra dependência comum; *e)* a composse *direta, indireta* ou mista de possuidores de partes divisas que se empregaram para fim comum, por intermédio de servidor da posse que recebe instruções de todos e de cada um; fl a composse *mediata* dos depositantes com o mesmo número de cartão, ou ficha, ou a mesma senha, ou a mesma classe, ou em armazém, em virtude de contrato de armazenagem com mais de uma pessoa no mesmo espaço; g) a composse direta, em nome próprio, dos que são os contraentes da gaveta, ou cofre, nos estabelecimentos de segurança, sem discriminação da utilizaçao, entre eles, quanto às coisas contidas; ii) a composse *mediata* dos cônjuges sobre certos bens comuns; *i)* a composse *imediata* dos cônjuges sobre os bens comuns destinados a disposição por qualquer dos dois.

b) Na composse em mão-comum, em que nenhum dos compossuidores tem poder fático independente sobre a mesma coisa, o titular da posse é ABC, e não A, nem B, nem C. Por exemplo: a composse dos donos ou locatários do cofre de segredo para todos, separadamente; a composse mçdiata, que de regra éde mão-comum; a composse que se mancomunou através de servidor comum da posse (M. Wolff, Der Mitbesitz, *Jherings JahrbOcher,* 44, .161); a composse correspondente à relação jurídica de mão-comum, como acontece com os cônjuges, cabendo ao chefe da comunhão conjugal a posse imediata (a esse respeito, M. Wolff, *Lehrbuch,* III, 27ª-30~ ed., 29, corrigiu, sob a critica de O. von Gierke, *Deu* tsches *Privatrecht,* II, § 114, nota 54, e Th. Kipp, em 8. Windscheid, *Lehrbuch,* 1, 9ª ed., 789

s., a opinião anterior da correspondência, sempre, entre a composse de mão-comum e a relação jurídica de mão-comum), e, por força de lei, com a composse dos herdeiros. Quanto aos cofres em que as chaves complementares estão com a casa de cofres ou banco, a posse do que está dentro deles é exclusiva do cliente (o dono do estabelecimento tem a posse do prédio e móveis, inclusive o cofre ou como pertença ou como parte integrante), — o que bem se assentou, após Heinrici (Die Vertrãge Uber die Benutzung von Schrankfãchern, *Gruchots Beitrôge,* 44, 825), E Regelsberger (Die Rechtsverhãltnisse, die auf Grund des sog. Schrankfachvertrags entstehen, *Bank-Archiv,* 7, 2); E. Brodmann (em G. Planck, *Kommentar,* III, 44 ed., 78 s.), Karl Rober *(J. u. Staudingers Kommentar,* III, 55) e L. Rosenberg *(Sachenrecht,* 108). Quanto ao cofre mesmo, ou armário, ou gaveta, ou escaninho, o estabelecimento é possuidor, como proprietário, ou locador do prédio,

com os móveis, se é caso, e o que tomou de aluguel alguma daquelas peças é possuidor imediato em composse simples com o próprio estabelecimento.

3. *Partes* indivisas *e* posse. Quer se trate de composse simples, ou de composse de mão-comum, não há quotas ou partes indivisas de posse. O fato da posse pode ser *dividido,* porque dividir édistribuir; não pode ser partido sem divisão. No plano de eficácia jurídica, portanto dos direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações e exceções, é que o pensamento humano, que tudo pode estabelecer, tem a faculdade de intervir permitindo quotas. Tanto tem posse em comum o possuidor de metade quanto o de um quarto, ou o de um milésimo (Martin Wolff, Der Mitbesitz, *Jherings (Jahrbdcher,* 44, 162 5.; Th. Kipp, em 8. Windscheid, *Lehrbuch,* 1, 9ª ed., 789). O que é regulável, discriminando-se por quotas (de 1 às 3 horas, de 3 às 5, de 6 às 10; de 1 a 5, de 6 a 10 de cada mês; até à árvore tal, e depois; ou até à margem do rio, e depois) é o *exercício* da posse, permanecendo indivisa a posse. Sem razão, admitindo posse em parte abstrata, Lafaiete Rodrigues Pereira *(Direito das* Coisas, 1, 22), que citou a L. 26, D., *de adquirenda vel amittenda* possessione, 41, 2, que se refere a usucapião ter de ser de parte certa indivisa *(certa pars pro indiviso)* e de se não poder transmitir nem receber *quod incertum est;* e a L. 32, § 2, D., *de usurpationibus et usucapionibus,* 41, 3, que apenas insere o *Incertam partem possidere nemo potest.* Antônio Joaquim Ribas *(Da Posse e das Ações Possessórias,* 86-91) parece que admitia a composse de mão-comum e a simples, mas com quotas. Ora, no direito contemporâneo, todo possuidor, que o não é de mão-comum, é possessor *in solidum,* posto que as relações semelhantes de poder fático se limitem, reçiprocamente, no plano f ático (M. Wolff, Der Mitbesitz, *Jherings Jahrbúcher, 44,* 154 S.; P.

Sokolowski, Die *Philosophie* im *Privatrecht,* II, 289: ... *jeder Mitbesitzer* possessor in *solidum* sei *und die gleichartigen Herrschaftsverhàltnisse sich* gegenseitig tatsàchlich beschrànken). Os exemplos mais correntes são o do cavalo que duas pessoas sustentam na cocheira comum, para a qual qualquer dos dois tem entrada sem o outro. Cada um tem poder fático sobre o cavalo. Se a fechadura fosse uma só e uma só a chave, nenhum deles teria poder fático sozinho; os dois ê que o teriam. Assim, ou a compasse é de mão-comum, ou é possessio *plurium* in so/ idum, o que, se podia ser repelido por antigos doutrinadores, não mais o pode ser, sendo a posse, hoje, mais relação entre pessoas do que relação das pessoas com as coisas. No próprio mundo fático é que se determina a extensão da posse de cada um, segundo critério que não é

o das quotas, ou, pelo menos, não é provável que seja. Mesmo porque a posse que se dxterminasse pelas quotas seria por partes divisas, como convêm a todo poder fático que se distribui em quotas. O

Código Civil não se referiu a quotas. O art. 488 apenas disse: "Se duas ou mais pessoas possuirem coisa indivisa, ou estiverem no gozo do mesmo direito, poderá cada uma exercer sobre o objeto comum atos possessórios, contanto que não excluam os dos outros compossuidores." O pensamento, que ai se contém, é o de se excluir qualquer alusão a quotas e ao mesmo tempo o de se referir à comunhão *pra indiviso,* sem qualquer distinção entre pars *certa pro* indiviso e *pars incerta pra* indiviso. Por outro lado, reconhece-se pretensão possessória aos compossuidores entre si, tal como era a tradição do direito luso-brasileiro (cl. Miguel de Reinoso, Observationes *Practicae,* 186: communis resolutio *em quod quando duo possident pra* indiviso, *et unus* mm communem *tanquam propriam occupat, adversus ilium competunt* actiones *restitutoriae).* A regra jurídica do art. 488 concerne às relações dos compossuidores entre si, portanto interiormente; exteriormente, os comuneiros de posse ou compossuidores, quer sejam condôminos (art. 634), quer não, têm a mesma tutela jurídica possessória que os outros possuidores e qualquer deles pode defender a *sua* posse e a da *totalidade* dos compossuidores, inclusive quanto aos atos de legítima defesa e de justiça de mão própria (art. 502). A ação possessória entre compossuidores foi aquisição memorável e a atitude de Miguel de Reinoso honra a doutrina portuguesa. Ainda por ocasião da feitura do Código Civil alemão, o problema aflorou, sendo de notar-se, a favor da tutela jurídica possessória aos compossuidores entre si, W. von Seeler, em duas monografias.

A alusão a quotas, tratando-se de posse, é alusão ao direito de que ela procede, ou à distribuição do seu exercício.

Não àposse mesma. A posse dos compossuidores é limitada, pois que compossuem; é, portanto, parcial, porém não se desce àquantificação. A quantificação, aplicada ao exercicio, é logicamente posterior à posse, porque diz respeito ao exercício; e pode existir sem compasse: possuidores exclusivos de dois terrenos acordam em que o exercício por um se estenda a tal parte do terreno do outro e o exercício pelo outro até parte do terreno daquele. Não se criou composse.

É verdade que a proteção possessória entre os compossuidores tinha de encontrar dificuldades práticas, se não partia de concepção segura

da posse como poder fático. ~Como se há de determinar *onde* começa a invasão da posse do compossuidor pelo outro, ou pelos outros? ~,*Onde* se dá a exclusão da posse de um pelos atos do outro, ou dos outros? O art. 488 deixou apenas a regra jurídica da contrariedade *a direito* dos atos possessórios excludentes da posse do outro ou dos outros compossuidores *(verbis* "contato que não excluam os dos outros"). Os autores mesmos, de cuja convicção mais próxima está o Código Civil brasileiro, no tocante à proteção possessória entre compossuidores, não desceram à remoção das dificuldades. Por exemplo, A. Randa *(Der Besitz,* Q ed., 504), que disse: „nenhum compossuidor pode, sem consentimento, explícito ou tácito, do outro compossuidor, praticar ato de posse; do contrário, pode esse usar das ações possessórias contra ele." Seria pôr-se o problema no terreno dos consentimentos e nenhum critério se teria para se resolver quando o consentimento faltasse. Por outro lado, a doutrina do direito comum tinha de se ater à concepção romana. AOnde o *corpus,* que o ato do outro compossuidor ofenderia? Paul Sokolowski *(Die Philosophie im Privatrecht,* li, 439, nota 504) recorreu ao critério do interesse da totalidade dos compossuidores, invocando a L. 12, D., communi *dividunda,* 10, 3.

§ 1.075. Posse em partes de coisa

1.

Partes divisas. Posse pode ser em parte divisa da coisa (Miguel de Reinoso, Observationes *Practicae,* 185 5.: Pars *certa pra* diviso *possidetur).* O § 865 do Código Civil alemão inseriu o princípio, estabelecendo a proteção possessória a favor do que só possui parte da coisa, principalmente quanto a quartos separados de moradia e outros espaços. A concepção destoa do direito romano, que reprovava a posse separada de partes integrantes, corpóreas, da coisa. Atendeu à propriedade de andares, instituto alemão e português. Dir-se-á que se orientou pela relação (fática) entre as pessoas, o que permite âbstrair-se da integridade do objeto possuido (assim, P. Sokolowski, Die *Philosophie* im *Privatrecht,* II, 291 s.). Mas, em verdade, o poder fático, por seus limites, abstrai da integridade da coisa e de qualquer unidade e integridade que resulte do direito. Os anúncios, reclames e cartazes, pregados às paredes, desde que permitida a colocação, firmam a posse somente para o fim que eles têm, e cabe-lhes a proteção possessória (P.

Sokolowski, 292).

2.

Proteção possessória. A compasse dá ensejo a que qualquer compossuidor exerça a ação possessória contra alguém que não os outros compossuidores. Cada um deles, alguns ou todos podem pedir a restituição ou a cessação da turbação, ou qualquer decisão em matéria possessória. Quanto aos compossuidores entre si, ou *(a)* se reconhece a qualquer deles a tutela jurídica para a regulação, se algum deles exerce a posse com exclusão dos outros compossuidores, ou *(b)* se permite a ação possessória, se há turbação ou esbulho no exercicio, porque ambos, a posse e o seu exercício, estão no mundo fático; ou (c) se exclui a proteção possessória, se só se discute turbação no tocante ao exercício. Já Miguel de Reinoso *(Observationes Practicae,* 186), na esteira da glosa e de Antônio Gomes, anotando esse a lei taurina, admitia o instituto restitutório, quer se tratasse de comunhão pra indiviso, quer de parte pra *divisa.*

Para isso, era de mister que fosse certa a parte: *quando datur tatalis incertitudo tam* ratione loci *quam quotae* (leia-se

"quer em razão do lugar, quer da quota"), não se pode proteger, entre possuidores, a posse.

§ 1.076. Servidões e posse

1.

Posse *das servidões.* ~A servidão não-aparente é suscetível de posse? Diante do art. 697, que pré-exclui a aquisição de tal servidão por usucapião, tem-se procurado negar que se possa ter posse de servidão não-aparente (cl.

G. Branca, DelIe servitú prediali, Commentaria *dei* Codice *Civile* de A. Scialoja e G. Branca, III, 516 s.). A confusão entre o direito e a posse ressalta. Com o art. 697 apenas se pré-exclui a aquisição do direito

pela usucapião; nada se disse sobre a posse. No § 1.029 do Código Civil alemão, dá-se proteção à servidão registrada se foi usada pelo menos uma vez no ano anterior. No direito brasileiro, tal proteção à semelhança da posse não exclui a proteção possessória, que tem outro fundamento. Diz-se no direito brasileiro, art. 509: "O disposto nos artigos antecedentes não se aplica às servidões contínuas não-aparentes, nem às descontinuas, salvo quando os respectivos títulos provierem do possuidor do prédio serviente, ou daqueles de quem este o houve." Possuidor, entenda-se. Pode dar-se mesmo que o prédio dominante não perença ao possuidor da servidão. O que se não concebe é a posse da servidão sem a posse do prédio dominante. A posse do prédio dominante pode não ser posse como de proprietário. Surge a questão de se saber se a aquisição da posse do prédio dominante contém a aquisição da posse das servidões, sem se exigir o exercício do poder de fato pelo que adquiriu a posse do prédio dominante. Noutros termos: se pode ser mantida ou recuperada a posse da servidão que não foi exercida pelo novo possuidor do prédio dominante (cf. A. Randa, Der *Besitz,* 691 s.). Não há questão jurídica, há questão de fato: se houve, ou não, a accessio possessionis; e cumpre lembrar-se que se abstraiu no direito brasileiro do corpus possessionis. A exigência da imissão, *e.g.,* pelo interdito adipiscendae possessionis, àromana, seria contra os princípios do sistema brasileiro. A concepção geral, o elemento social, que é ineliminável na aquisição da posse, assenta que, *de regra,* a aquisição da posse do prédio dominante, sem oposição do possuidor do prédio serviente à transmissão da posse da servidão, é aquisição pacífica: se o possuidor anterior do prédio dominante transferiu a posse e o possuidor do prédio serviente opôs obstáculo ao exercício a ela, há de ser entendido que turbou ou esbulbou a posse. Sem esse óbice que se oponha, a posse da servidão transmitiu-se e não precisa de exercício para que continue, salvo se esse não-exercício se há de interpretar, in *casu,* como abandono da posse. Outra questão é a de se saber se o adquirente do prédio dominante tem direito àservidão que existia no prédio serviente.

2.

Posse *e* exercício *de direito de servidão.* A posse da servidão não é exercício do direito de servidão *(e.g.,* Th.

Muther, Die *Ersitzung der Servituten,* 43; L. Coviello, Le *Servitú predia Ii,* 321; E. Dusi, *Istituzioni, Q* ed., 1, 252), é.

posse, isto é, possibilidade de exercício (B. Windscheid, *Lehrbjch,* 1, 9ª ed., 842; C. G.Bruns, Das recht *des Besitzes,* 476; A. D. Unterholzner,

Ausfúhrliche Entwicklung der gesammten Verjährungslehre, II, 709; H. Duncker, Die *Besitzklage und der Besitz,* 61 5.; aproximadamente, A. Randa, *Der Besitz,* 86 s.). *a)* Se a servidão énegativa, não se pode pensar em se exigir ato do possuidor da servidão, isto é, o exercício da proibição. Certamente, a tomada de posse da *servitus* non aedificandi não pode ser sem ato que importe em ter o possuidor do prédio serviente de abster-se de edificar; mas, se a posse da servidão negativa já existia, a transmissão é segundo os princípios. Fora daí, confunde-se a existência da posse da servidão negativa com o exercício do ius *prahibendi* ou com o exercício da pretensão ao restabelecimento do estado anterior, ou com o exercício da pretensão de segurança. Toda posse de servidão negativa implica ser assaz provável que o possuidor do prédio serviente, devido à posse, se abstenha. Não basta abster-se; é preciso que seja provável, devido à posse, que se abstenha, por isso mesmo que a posse está com o possuidor do prédio dominante. Nem basta abster-se sem ser devido à posse. Se E tem a servidão negativa sobre o prédio A de não-construção acima de quatro andares e coincide que a lei vigente também o proibe, a abstenção pode ser devido à lei, se bem que possa ser devido à lei e devido à servidão negativa: ab-rogada a lei, a abstenção continua, porque também era devido à posse. Ser devido à posse é ser não-casual, ou não- acidental; e ser não-casual, não-acidental, é não ser somente devido a outro motivo que a posse.

b) Se a servidão é afirmativa, é preciso que o possuidor do prédio dominante tenha iniciado a posse ou a tenha recebido, compor tando-se como se fora titular do direito de servidão, *tanquam id* suo *iure faceret* (L. 7, D., de itinere *actu que privata,* 43, 19; L. 1, § 11: *quasi fundo deberetur;* L. 22, D., *quemadmodum servitutes amittuntur,* 8, 6: *quasi debita via).* Seja como for, não se há de confundir posse da servidão com exercicio da servidão: o exercício da servidão contém posse, se houve tomada de posse, ou se se recebeu; se falta a posse, o exercício da servidão não éposse *(e.g.,* E exerce a servidão, mas o possuidor do prédio dominante, de quem houve a propriedade, não tinha posse, nem o exercício implicou tomada de posse). Se a servidão positiva é de exercício permanente *(e.g.,* servitus *tigni immittendi),* a transmissão da posse não apresenta dificuldades: se a servidão positiva éexercível em atos singulares, em descontinuidade temporal, não se pode somente considerar posse o exercício da servidão, — basta a possibilidade do ato. Por outro lado não se pode dizer que a posse das servidões contínuas só se inicie com a instalação no prédio serviente ou com a alteração do prédio dominante, que as implique. Seria confundirem-se posse da servidão e exercício do direito de servidão. Há outros meios de se possuir a servidão que exercendo-se o direito

"no todo": o exercício do poder de fato ésuficiente, como se o adquirente da posse notifica o possuidor do prédio serviente, ou se as circunstâncias mostram que o possuidor do prédio serviente *sofria* posse da servidão ainda não exercida.

Sempre que há exercício de servidão positiva há ato de posse; mas pode haver posse sem ato de exercício. Por outro lado, não se exige que o possuidor do prédio serviente ou o dono dele conheça o ato de exercício (ainda no direito austríaco, a despeito do § 313, A. Randa, Der *Besitz,* 712 s.). Assim era o direito romano, e a alusão à scientia domini foi obra de intérpretes. E verdade que na L. 2, C., *de servitutibus et de aqua,* 3, 34, se diz que, se conduziste água pelo prédio de Marcial, sabendo-o ele (eo sciente), adquiriste a servidão, com o tempo, à guisa do que ocorre aos bens imóveis; mas ou se pôs, aí, argumento *a* fortiori, ou destoa do sistema jurídico (cf. E. Windscheid, *Lehrbuch,* 1, 9ª ed., 841; R. Elvers, *Die rómische Servitutenlehre,* 742).

Na L. 20, D., *de servitutibus,* 8, 1, Javoleno diz: sempre que se comprou servidão de caminho ou outro direito sobre fundo, opina Labeão que se há de dar caução de que por ti nada se fará que se não possa usar desse direito, porque seria inexistente a vã tradição de tal direito. Eu opino1 que seu uso se há de admitir em lugar da entrega do direito de posse e por isso se hão estabelecidos os interditos quase-possessórios. Mas é preciso atentar-se a que àquele tempo não havia a tradição da res incorporalis e o uso era de mister para se chegar ao mesmo resultado (5. Perozzi, *1*

Modi di acquisto *pretori deile Serviu),* 31).

§ 1.077. Posse justa e posse injusta

1. Conceitos *de justidade.* No art. 489, diz-se: "E justa a posse que não for violenta, clandestina, ou precária." Advirta-se desde logo em que o adjetivo "justa", proposto à posse, ou mistura conceito do mundo jurídico e conceito do mundo fático, ou se empregou "justidade" em sentido transjurídico. No mundo dos fatos não há justidade, ou injustidade. Há fatos: violência, clandestinidade, precariedade são conceitos do mundo fático como do mundo jurídico; ao passo que ser

justo ou proceder injustamente é proceder contrário a direito, o que supõe juridicidade do mundo em que ocorre tal comportamento. Somente com essa advertência pode-se admitir a adjetivação de que usou o Código Civil. O mundo dos fatos não poderia manter-se totalmente sem ofensa ao mundo jurídico. Daí o direito romano ter tido de aludir à *causa* possessionis (ex *iusta* causa possessio, ex iniusta causa possessio). Nem poderia a tutela interdital ser indiferente a esse ponto.

É preciso não se confundir a posse injusta com a posse de má-fé, nem a posse justa com a posse de boa-fé. A posse justa éex *justa* causa, o que se passa no mundo fático, objetivamente a posse de boa-fé é a de quem se crê possuidor *ex iusta causa* ainda que não no seja, — o que ocorre no mundo fático, mas subjetivamente. A posse injusta é *ex iniusta causa;* a má-fé a de quem se crê possuidor ex *iniusta causa.* Na jurisprudência, há confusões graves *(e.g.,* Câmara Cível do Tribunal de Apelação de Minas Gerais, 1ª de junho de 1938, *1W* 75/607).

A subjetividade da boa ou da má-fé tem consequências que a objetividade da posse justa ou injusta não tem.

Portanto, não há pensar-se em qualquer assimilação. O possuidor de boa-fé tem por si os arts. 510, 511, 514 e 516. O

art. 490 definiu a posse de boa-fé. Por vezes, a posse é ex *causa iniusta* e o possuidor o ignora (2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, 22 de abril de 1947, *RF* 121/470), não bastando, porém, o erro de direito (sem razão, a 2ª Turma, a 24 de setembro de 1948, RF 122/89, e a 5ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 14 de abril de 1950, *RT* 186/672).

A chamada *exceptio vitiosae* possessionis, no Código Civil italiano, é legitimado quem quer que seja; o vício é *erga* omnes, e não apenas da violência ou da precariedade. Daí poder qualquer pessoa alegar a viciosidade. A posse, em si, é injusta, por ser violenta, clandestina, ou precária. No Código Civil brasileiro, o art. 489 apenas definiu a posse injusta pela indicação exaustiva das espécies. O vicio não é, porém, da posse mesma, de modo que somente é legitimada a alegá-lo a vítima. Terceiros não podem arguir a viciosidade. De iure condendo, como *de iure* condito, éa solução certa.

A fórmula do interdictum *uti possidetis* era expressiva: *Uti* eas aedes,

quibus de agitu nec *vi nec clam nec precario alter ah altero* possidetis, *quo* minus *ita* possideotis, vim *fieri* veto. Quanto aos móveis, dizia a fórmula do *interdictum utrubi* (D., *utrubi,* 43, 31): *Utrubi* hic homo, *quo de agitur,* maiore *parte huiusce* anni nec *vi* nec clam nec *precario ah altero* fuit, quominus is *eum ducat, vim fieri veto.* No direito justinianeu desapareceram as diferenças.

2.

Violência. A violência, a *vis,* pode ocorrer por ato positivo, ou por ato negativo, como se alguém torna impossível ao possuidor a posse mesma ou seu exercício. O possuidor tem de poder exercer a posse; daí vedar-se que se lhe obste ou dificulte possuir: *uti* possidetis, *qua* minus *ita possideatis,* vim *fieri veto* (L. 1, *pr.,* D., uti possidetis, 43, 17), tal a fórmula interdital. Basta o atofato. *E.g.,* junto a algum fato, como aluvião que se não impediu. A defesa contra a violência éddefesa contra o fato inimpedido, como a queda de pedras que não foram sustentadas, ou que águas desprenderam. Dai nasce a pretensão à tutela possessória para que cesse a *vis,* ou se retire o efeito da vis. Não é preciso que a violência vá contra o possuidor, basta que seja fato ofensivo sem permissão dele. Na L. 11, D., *de vi et de vi armata,* 43, 16, Pompônio disse: "Faz violência o que não("deixa que o que possui use a seu arbítrio do que possui, ou seja semeando, ou cavando, ou arando, ou edificando algo, ou, em geral, fazendo qualquer coisa pela qual não deixe livre posse a seu adversário." Vim *facit* qul non sinit possidentem eo, *quod possidebit, uti arbitrio* suo. Não precisa haver negação da posse do turbado, nem intenção de haver posse para si ou afirmá-la (H. Witte, *Das* Interdictum uti possidetis, 100 s. e 139; E. Eck, Die s. g. *doppelseitigen* Klagen, 39 s. e 62 5.; C. G. Bruns, *Die Besitzklagen,* 70); sem razão, L. H. Wiederhold (Das Interdictum uti possidetis *und* die Novi operis nunciatio, 35 s.).

Basta a ameaça da turbação. Enquanto dura a turbação, não se há qualquer contagem de tempo.

No direito brasileiro, tanto é violência, no art. 489, a vis *compulsiva* quanto a vis *absoluta.* O *coactus volui* não cabe em matéria de posse (W. Krahé, *Der Besitzschutz,* 17). Em direito romano, a L. 5, D., de *vi et de vi armata,* 43, 16, disse (Ulpiano, citando Pompônio) que non *est deiectus, qui* compulsus *est* in possessionem *inducere.*

3.

Clandestinidade. A clandestinidade consiste no ter-se ofendido a posse, sem que o saiba o possuidor. Nem é preciso que haja a intenção de esconder; basta o fato de esconder, clam *factum.* Àpossessio *clandestina* basta que tenha havido tomada da posse, ato-fato jurídico, sem que o possuidor esbulhado haja sabido. A turbação pode ser sem posse, porém aí não há pensar-se em posse clandestina, nem em *interdictum de clandestina* possessione. O *clam* possidere é que viola a posse; e a turbação clandestina que implica ato de posse é possessio *clandestina.* Foi Pedro Barbosa *(Commentarii ad Interpretationem Tituli Pandectarum* de *Iudiciis,* 413 s.) quem melhor viu a diferença entre *clam* possidere *ratione* possessionis e *clam possidere ratione* dominii o que se passa, respectivamente, no mundo fático e no mundo jurídico. CarI Albert *(Ciber das* Interdictum uti possidetis, 70), que reverenciou Pedro Barbosa e a ele citou, frisa que se pode possuir, *ratione* dominii, clandestinamente, sem se ser possuidor clandestino *ratione* possessionis, e vice-versa.

4.

Precariedade. Posse adquirida precariamente é a que resulta de se ter feito posse própria a posse direta, ou superior outra posse mediata intercalar, ou posse a simples tença ou serviço da posse. De regra, há, à origem, abuso de confiança (4ª Câmara Cível da Corte de Apelação do Distrito Federal, 26 de junho de 1934, *Ai* 32/253). A precariedade depende da configuração da posse, de modo que, entregue a coisa, não se pode presumir que o seja a título precário (2ª Câmara Cível do Tribunal de Apelação de Minas Gerais, 5 de fevereiro de 1945: "... a precariedade não resulta apenas do consentimento inicial do dono do solo, e sim é preciso que o possuidor concorde com a cláusula de poder a concessão ser revogada a qualquer tempo"). Supõe-se, no vicio da precariedade, o ter-se mudado a causa da posse, ou tentar-se mudar com o pedido da tutela da posse (Nemo sibi ipse *causam* possessionis *mutare potest).*

Juliano, na L. 33, *pr.,* D., de *usurpationibus* et *usucapionibus,* 41, 3, disse-o; Paulo, L. 3, §§ 18, 19, D., de *adquirenda vel amittenda* possessione, 41, 2 (Neminem sibi *ipsum causam* possessionis *mutare posse),* e § 20, repetiu-o.

5.

Posse *injusta e tutela possessória.* Na fórmula do interdito *uti* possidetis,

inseria-se cláusula que pré-excluia a proteção possessória a quem viciosamente adquirira a posse: uti nec *vi nec clam* nec *precario alter ah altero possidetis.* Daí não poder haver condenação do adversário: esse, se cometeu a violência, ou se ofendeu por meio clandestino, ou precariamente, podia fazê-lo. O Pretor não interdizia o ato *vi, dom vel precario ab adversario.* Pode tirar aquele a quem foi tirada a posse. Na L. 1, § *9,* D., *uti possidetis,* 43, 17, Ulpiano reproduziu a fórmula do Pretor:

"O que diz o Pretor nesse interdito nem por violência, nem clandestinamente, nem em precário, possuais um por outro se refere a que, se alguém possui com violência, ou clandestinamente, ou em precário, verdadeiramente por outro (=

tirada a outrem a posse), lhe aproveite a posse *(prosit ei* possessio), (mas), se por seu adversário, com isso não deve vencer, porque é manifesto que essa posse não deve aproveitar" E Paulo, na L. 2, tirada dos Comentários ao Edicto, explicita: "Nada, pois, importa, nesse interdito, que, respeito aos demais, seja justa ou injusta a posse; porque, qualquer que seja o possuidor, tem, por isso mesmo que é possuidor, mais direito que aquele que não possui" *(quod* possessor *est, plus iuris habet quam illE qui* non *possidet).* O *ius,* a que alude, é o *ius* que deu o nome à *iusta* possessio; e já se vê que Paulo se punha no plano edital da tutela da posse, mirando, de lá, o mundo fático.

A eficácia negativa da viciosidade era a regra. Discutiu-se se o réu, provando a viciosidade, era reintegrado. A resposta afirmativa atendia a certa policialidade do interdito e levaria a reconhecer-se função recuperatória ao interdito, algo que se assemelha à reconvenção. Ulpiano, na L. 3, pr., D., uti possidetis, 43, 17, pôs a espécie da alegação de *iniusta* possessio, no caso de haver posse de ambos os contendores, e usou da expressão *superior* sum, em vez de non vincor; e daí se tirou que o interdito podia ser dado a qualquer dos dois. A solução podia ser: vitorioso o autor *(superior!);* vitorioso o réu *(superior!);* a despeito da duplicidade do interdito, nenhuma vitória. Contra essa interpretação das fontes romanas argúi-se que a fórmula do interdito uti possidetis subordinava o deferimento à existência da posse no momento do *interdictum redditum,* Cf. L. 1, *pr.,* D., uti possidetis, 43, 17 *(uti* ... possidetis, *quo* minus *ita* possideatis, vim *fieri veto).* Gaio (IV, 140) advertiu que o Pretor aí intervém, *ne sine vitio possidenti* vis *fiat;* e Ulpiano (L. 1, § 4, D., *uti* possidetis, 43, 17) disse que se dá o interdito de que não se faça violência ao que possui *(ne* vis *Jiat ei qui* possidet). Não há discutir-se ser preciso o elemento da posse atual (Gaio, IV, 166: *quod adversus* edictum *praetoris* possidenti *sibi* vis

facta sit).

6.

Relatividade do vício. O vicio é relativo a alguém, e não algo de orgânico à posse, por sua causa. O ladrão roubado pode exercer a pretensão à tutela da posse contra o segundo ladrão, O ladrão somente não a pode ter contra aquele a quem roubou, portanto se a sua posse é viciosa em relação ao réu, ou àquele de quem o réu houve a posse. A expressão *excep* tio vitiosae possessionis é imprópria. Há objeção, e não exceção. A posse ocorre no mundo fático; e exceção, como direito, pretensão e ação, é conceito do mundo jurídico. O que o demandado opõe não é exceção, é comunicação de conhecimento, enunciado de fato, que nega a pretensão à tutela da posse, por parte do autor. E

verdade que, contra a alegação e prova do réu, pode o autor, o seu turno, alegar que a posse do réu lhe fora tirada, viciosamente, suscitando algo que é réplica, sem ser exceptio exceptionis, e o autor ainda duplicar. E preciso advertir-se que, se a ação do autor foi em rito de força nova, o vício arguível tem de ter ocorrido dentro de ano e dia; bem assim, a réplica e a dúplica. Se a privação possessória, fundamento da réplica, ou da dúplíca, excedeu de ano, a questão é de força velha, e tem o juiz de remeter oreplicante, ou duplicante, às vias ordinárias. A posse que pode ser mantida, ou reintegrada, na ação de força nova, é a posse que foi ofendida dentro de ano e dia e não a posse ofendida por vicio velho. Se o autor propôs ação de rito ordinário, nenhum obstáculo há à discussão das sucessivas ofensas à posse (vícios sucessivos).

O vicio pode ocorrer quanto à posse plena e quanto à posse mediata, ou imediata.

7. *Viciosidade da* posse. A posse só é viciosa em relação a alguém; donde dizer-se que só *relativamente* é viciosa.

Assim, quem rouba, ou furta, possui com viciosidade, perante o roubado, ou furtado, e seus sucessores; o que adquiriu do ladrão, ou tira, violenta, clandestina ou precariamente ao ladrão a posse, sabendo do roubo, ou furto, é, no primeiro caso, possuidor vicioso perante o roubado, ou furtado, e, no segundo caso, perante o roubado, ou furtado, e perante o próprio ladrão.

Viciosa diz-se a posse quanto à sua aquisição. O conceito de posse de má-fé abrange mais espécies que o de posse viciosa. Nem toda posse viciosa é de má-fé. Nem toda a posse de má-fé é viciosa. Porque o vício só diz respeito ao ponto de tempo, ao instante em que se adquiriu a posse; e a má-fé pode sobrevir. Por outro lado, o que estava de má-fé quando adquiriu a posse pode ter posse sem vicio, se sua má-fé não correspondia aos fatos *(e.g.,* herdara do que se cria esbulhado).

Do que acima se expôs tira-se que: *a)* a posse viciosa só o é em relação à pessoa contra a qual se cometeu o esbulho e em relação aos seus sucessores, ou terceiro spolii conscius (princípio *da relatividade* dos vícios *da* posse); *b)* se a posse não é viciosa quanto ao titular atual (8), o que a adquiriu (C), derivativa ou originariamente, sem vício seu, embora conheça o vício da posse anterior (A), adquiriu-a sem vicio (o art. 504 somente se refere àposse viciosa do antecessor imediato, *verbis* "que recebeu a coisa esbulhada"; cf. Th. Kipp, em 8. Windscheid, *Lehrhuch,* 1, 9ª ed., 836); *c)* o terceiro, de que cogita o art. 504, é assim o sucessor singular ciente como o terceiro, não sucessor, ciente.

O art. 492, em vez de ser supérfluo, serviu a se evitar referência ao animus no enunciado do princípio de conservação da posse, vício a que não se forrou, por estar lendo a Lafaiete Rodrigues Pereira, a Câmara Civil do Tribunal de Apelação de Minas Gerais, a 3 de fevereiro de 1938 *(RF* 73/584). Assim, "ainda que não cultive o imóvel, não o explore, não o percorra ou visite frequentemente, o possuidor, que adquiriu legitimamente, conserva a posse, até que venha a perdê-la por fato estranho ou por ato de terceiro" (2ª Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 9 de maio de 1944, *RT* 150/240; cf. 3ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 22 de janeiro de 1948, 173/ 195:

"Para a conservação da posse, basta a continuação do possuidor na disponibilidade da coisa"; e 2ª Câmara, 6 de junho de 1950, 187/114).

§ 1.078. Posse de boa-fé e posse de má-fé

1. *Dicotomia.* Diz o art. 490: "É de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que lhe impede a aquisição da coisa, ou

do direito possuído." O que se ignora é o vício ou óbice, de modo que o puro erro de direito não se escusa (sem razão a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, a 24 de setembro de 1948, *RF* 122/89, e a 5ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 14 de abril de 1950, *RT* 186/672). Julgar, errada-mente, que ato seu corresponde à ordem jurídica é ignorar elemento de fato, inclusive não-existência ou existência de fato extintivo, ou modificativo; mas, se se conhecem todos os elementos, menos o *direito,* não há erro que sirva à formação da boa-fé.

Todos têm, nos sistemas jurídicos como o brasileiro, de conhecer a lei.

A referência a erro de direito, que se encontrou, em parte, na doutrina do direito anterior, provém de Coelho da Rocha *(Ins* tituições, § 438, 346), por influência do Código Civil austríaco, art. 326. Não se pensava assim, tanto que Manuel de Almeida e Sousa *(Fascículo de Disserta çóes,* 1, 156) exigia que o possuidor, que invocava justo título, não ignorasse as solenidades legais.

A 5ª Câmara do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, a 26 de junho de 1946 *(RF* 109/448), disse que se não pode considerar de má-fé quem tem a coisa em virtude de sentença judicial. Seria preciso acrescentar: trânsita em julgado, ou não provocada pelo que recebeu a posse. Também a 3e Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 19 de fevereiro de 1941 *(RT* 135/102), disse que não se pode dizer de má-fé quem recebeu a posse ou nela foi mantido por mãos da justiça, como o que obteve, in Jimine litis, mandado de manutenção. Mas com isso se faria tábua rasa da provisionalidade do mandado in limine *litis* (Código de Processo Civil, arts. 924, 928 e 932) e, pois, da possibilidade de se declarar injusta a posse do autor, ou, até, a sua carência de posse.

Tem-se procurado ver na crença da possibilidade física de poder dispor da coisa ato de posse ou de conservação da posse (Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 8 de agosto de 1930, *RT* 76/376). Ora, o q~e é ato de posse — no direito brasileiro, *de lege lata* (art. 493, II) — é o fato de dispor da coisa (isto é, de ter podido dispor da coisa); se já se tem a posse, o que é continuação dela é continuação de poder dispor. Não é a mesma coisa que se poder dispor o crer-se que se pode dispor. Certo, o acórdão da 4e Câmara da Corte de Apelação de São Paulo, a 14 de agosto de 1935 (103/260): "o uso, o gúzo e a disposição da coisa" (cf. 2ª Câmara, 4 de dezembro de 1939,

125/60 5.: “O art.

485 do Código Civil contenta-se com a possibilidade de fato de poder agir sobre a coisa”).

2. *Critérios* propostos (ético *e* psicológico). A boa-fé há de ser apreciada eticamente, ou psicologicamente, conforme as duas concepções que correspondem, por exemplo, a C. G. Bruns (Das *Wesen* des bona fides, 74 5.; *Kleinere Schriften,* II, 258; Zur Lehre von der bona *fides, Archiv fOr* die civilistische *Praxis,* 57, 275 s.) e C. G. von Wächter (fie bona fides, 1 s.). Mas a questão há de ser resolvida com os textos, tanto mais quanto, no Código Civil brasileiro, há o art. 490 que define a posse de boa-fé: “É de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vicio, ou o obstáculo que lhe impede a aquisição da coisa, ou do direito possuído.” Se o sistema jurídico brasileiro houvesse admitido o critério ético, bastar-lhe-ia para que alguém fosse possuidor de boa-fé que se comportasse honestamente, com a costumeira fé que se tem e se há de ter na vida de tráfico. Tal critério, que seria o do período clássico do direito romano e coincidiria com o eticismo cristão, não se coaduna com a precisão com que o art. 485 define a posse, nem com o uso da expressão

“ignora” que vem nas fontes romanas e serviu à argumentação de C. G. von Wächter. A má-fé é estado de *scien tia;* não há, portanto, indagar-se de escusabilidade, ou de inescusabilidade do erro: ignora-se, ou não se ignora; sabe-se, ou não se sabe. Não se leve, porém, a extremos a distinção entre as duas teorias. O que nos importa é colhermos o conteúdo exato do art. 490, *que* só se refere à posse. A boa-fé, noutros ramos do direito, pode ter outros conceitos, e tem. Quanto à posse, não: é de boa-fé quem, por ter adquirido posse, conhece a *causa* possessionis e ignora que ela não fosse suficiente à aquisição iusta. Quando há regra jurídica que faça ao possuidor receber, tal qual, a posse de outrem (art. 495), o caráter da posse é aquele que tinha quando titular a pessoa de que proveio. Noutros sistemas jurídicos pode-se procurar o conceito geral de boa-fé e discutir-se com ele, dando-se a disputa entre os que seguem a C. G.Bruns e os que seguem a C. G. von Wächter, como se fosse mais do que discordância quanto ao rigor do critério (P. Bonfante, Essenza della bona lides e suo rapporto con la teorica delIerrore, *Scritti,* II, 720); no direito brasileiro, não. Primeiro, o art. 490 não aludiu à culpa grave, ou não, do que ignora o vício ou o obstáculo. Toda limitação que se funde em gradação da culpa éestranha ao sistema jurídico brasileiro. Não é preciso que exista justo titulo; o que é

preciso é que se creia na existência dele. O que ignora que adquiriu violentamente, ou clandestinamente, ou precariamente, crê que adquiriu sem vício, e.g., pela ocupação da coisa adéspota. O que ignora que havia obstáculo à aquisição da posse, isto é, crendo que o bem imóvel podia ser alienado, estava de boa-fé. Aliás, se o possuidor alega que desconhecia a lei, o erro seria de direito e error iuris non *excusat.* Não assim, se ignorava que o imóvel se achasse dentro dos limites da zona inapropriável, porque ai o erro é de fato, e *errar Jacti excuscit.* A distinção, que se há de fazer, é entre erro invocado para se ter por ignorada a regra jurídica, ou para que se escape à sua incidência, e erro quanto a haver todos os elementos necessários e suficientes ao suporte fático, ou haver ou não-haver elemento que concerne àsua deficiência. Mas, aqui, o erro é *facti,* posto que, nos velhos doutrinadores, não se houvesse prestado atenção a isso. (O Supremo Tribunal Federal, a 10 de dezembro de 1947, *RT* 183/934, entendeu que, antes do Código Civil, tínhamos o critério ético, e passamos, com ele, ao critério psicológico. Idem, a 2ª Turma, a 24 de setembro de 1948, *RF* 122/89. Mas tais caracterizações, que serviram às discussões no século passado, estão superadas, máxime diante do art. 490.)

Resta saber-se se a boa-fé se presume, ou se há de presumir o conhecimento, a scientia. O assunto é grave, tratando-se de imóveis, porque o registro *publica.* No direito brasileiro, há o art. 859 que diz: "Presume-se pertencer o direito real à pessoa, em cujo nome se inscreveu, ou transcreveu." Tal presunção é no mundo jurídico. Quem se diz cproprietário, usufrutuário, ou titular de outro direito real, sem constar do registro, tem scientia do registro. Quem se diz proprietário, usufrutuário, ou titular de outro direito real, e consta do registro o seu nome, tem por si o art. 859, Outra coisa é o que se passa, quando se trata de posse; portanto, quando se está no mundo fático. A *inscrição* e a transcrição, hoje englobadas na designação genérica de rénºistro (Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, art. 168), a *averba* ção e o *cancelamento* não são fatos do mundo fático; são fatos do mundo jurídico. No puro mundo fático, não há *matrículas, registros, aver* bações e *cancelamentos,* mediante averbação: há fatos e atos-fatos. A publicidade jurídica não desce a esse rés-do-chão da vida das relações fáticas. E elemento organizatório da vida jurídica de relações. No mundo fático, o possuidor pode ignorar o registro, e pode conhecê-lo: é matéria de fato conhecê-lo, ou não. Se o possuidos A, alega que comprou a B o bem imóvel, que constava do registro, alegou fato. Se creu em tal aquisição, ao adquirir estava de boa-fé. Se não creu, de má-fé estava ao adquirir. Se C reivindica o imóvel, porque —

por exemplo — B lho vendera e C obteve o registro antes de A, A pode dizer-se de boa-fé, se acreditara em que ainda podia obter registro, ou se tinha razões para crer que tivessem feito o registro. Se A, ao comprar, sabia que o seu titulo não podia ser registrado por já se ter vendido a C o imóvel, a má-fé ressalta. Também é de se considerar de má-fé o possuidor que somente recebeu o imóvel após o registro do título de outrem, se *sabia* disso ao *receber.*

3.

Conhecimento e *culpa.* Em matéria de posse, ao conhecimento não equivale o desconhecer por culpa própria, ainda grave. Está-se no mundo dos fatos, em que não há dever de conhecer:

ou se conhece, ou não se conhece; se as circunstâncias eram tais que o adquirente da posse *devia* conhecer o vicio da posse do seu antecessor, tal *dever,* se existe, é só no mundo moral, ou religioso: não é dever jurídico. Dai a definição contida no art. 490: "É de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vicio, ou o obstáculo que lhe impede a aquisição da coisa, ou do direito possuido." Ou ignora, ou conhece. Nenhum dever jurídico de conhecer há, de jeito que baste a culpa em não conhecer. Por outro lado, é irreversivel a dimensão em que se apura a boa-fé, ou a má-fé: o conhecimento posterior à aquisição de modo nenhum a prejudica. O que adquire de boa-fé posse viciosa, ainda que, depois, venha a saber da viciosidade, é possuidor de boa-fé: a má-fé posterior não vai ao passado viciar a posse, posto que possa atuar, ex nunc, a má-fé, no tocante a dever de restituição de frutos (arts. 511 e 513), à responsabilidade pela perda ou deterioração da coisa (art. 515) e a direito a indenização de benfeitorias (arts.

517-519).

4.

Comunicação *de conhecimento.* Se algum interessado dá ciência ao possuidor de que a sua posse não é justa, nem sempre essa comunicação de conhecimento (ato juridico *stricto* sensu, pelo menos) é suficiente para se criar a má-fé, isto é, nem sempre compõe a circunstância que o art. 491 reputa bastante para varrer a ignorância do possuidor.

E preciso que baste a mudar a sua crença. Se assim é quanto a ato

jurídico *stricto sensu* (comunica ção de conhecimento, interpelação) e a negócio juridico unilateral, *a fortiori* em se tratando de ato-fato jurídico lícito ou ilicito (tomada da posse, esbulho, cobrança de aluguéis ao possuidor, como se fosse locatário). A despeito da comunicação recebida, pode continuar de boa-fé o possuidor.

O art. 490 não exclui que o adquirente da coisa possa ser de boa-fé se ignora a existência de algum elemento que impediria a aquisição, sem ser a própria regra jurídica.

A boa-fé não se presume, salvo se há justo título. O art. 490, parágrafo único, afasta o que noutros sistemas jurídicos é regra jurídica escrita ou não escrita. E preciso que o possuidor apresente o justo título (= o alegue e o prove) para que se lhe presuma a boa-fé. Não se presume de boa-fé, sem mais nem menos, quem apenas alega e prova que possui. O art. 490, parágrafo único, de si só pré-exclui qualquer interpretação que atribua ao sistema jurídico brasileiro presunção geral de boa-fé. Por outro lado, não se pode ligar o art. 490, parágrafo único, a outras matérias.

Não éem virtude do art. 490, parágrafo único, que se admite a boa-fé de quem propõe a ação de usucapião, fundada no art. 551, ou no art. 618; porém em virtude do art. 319 do Código Processo Civil: "Se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor." O ônus da prova é do autor, se há a negação, e não de quem comparece e alega a má-fé. Só onde resulta de regra jurídica especial, ou do sistema juridico,

**Quisquis* praesumitur *bonus.* Ainda nos sistemas jurídicos que têm a presunção da boa-fé, quando há posse, como o Código Civil italiano (art. 1.147, alínea 3t *La buona fede é presunta* e *basta che* vi sia *stata aí* tempo *dell"acquisto),* seria temerário induzir-se ou postular-se principio geral de presunção. O art. 1.147, alínea 3ª, do Código Civil italiano é limitado à posse (G. Stolfi, *Teoria dei* Negozio giuridico, 127; Cariotta-Ferrara, *Negozio giuridico,* 542 5.; E. Betti, *Interpretazione della Legge e degli Atti giuridici,* 195).

No que respeita à posse como objeto de tutela juridica e como elemento fático para a incidência dos arts. 485-523, a boa-fé é conseqüência do suporte fático em que haja posse e título, —

no que se distingue do que se passa a propósito de usucapião. O possuidor, que invoca o art. 490, parágrafo único, não precisa apontar

o art. 319 do Código de Processo Civil. Não há qualquer efeito processual da afirmação a que se não seguisse negação; por isso mesmo, se há a presunção do art. 490, parágrafo único, ao suporte fático tem de ser subtraida a presunção, que, aí, é elemento fático, *ex lege*. O adversário tem de ir contra o possuidor, que se diz de boa-fé, e o ônus da alegação e prova é seu.

Não basta dizer-se que a posse é espécie de movimento (5. Menthal, *Uber den Begrifi des Besitzes,* 8), nem que é o sol do sistema jurídico (12). Pior ainda é juridicizar-se o mundo fático em que está a posse, dizendo-se que a posse de boa-fé é a posse sem se conhecer o melhor direito de outrem (23).

Quanto a saber-se qual a crença que basta, seria erro aludir-se à escusabilidade, conceito que leva a vaguidades invencíveis. O crer, aí, há de recair na existência de iusta *causa* possessionis. Verifica-se o objeto da crença e se ela existiu. Se não existiu a aparência em que se pudesse crer, claro é que não se estava de boa-fé. O critério da escusabílidade é estranho á lei brasileira (sem razão, a 1ª Câmara do Tribunal de Apelação do Rio de Janeiro, 25 de fevereiro de 1943, *Ai* 65/405). Sobre a matéria, veja Tomo IV, § 442.

O que retém, por ter ius *retentionis,* exerce exceção, de modo que não pode, enquanto há a eficácia de tal direito ou da exceção exercida, ser tido como de má-fé (1ª Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 16 de agosto de 1943, *RT* 147/184). Não é, porém, somente por isso, possuidor, salvo se havia *causa* possessionis.

5.

Prova da boa-fé. A prova da boa-fé incumbe a quem a alega. O título, a *iusta causa* possessionis, pode existir sem que a boa-fé exista: creu-se no mal quando o bem é que existia. Tal subespécie não tem relevância, porque a luta entre o autor e o réu quanto a títulos e a boa-fé somente interessa para os efeitos de indenizações e outros (confuso, o acórdão do Supremo Tribunal Federal, a 28 de setembro de 1949, *Ai* 19/191). Por isso, se alguém tem justo título, se presume de boa-fé (art. 490, parágrafo único): “O possuidor com justo titulo tem por si a presunção de boa-fé, salvo prova em contrário, ou quando a lei, expressamente, não admite essa presunção” (Supremo Tribunal Federal, 10 de dezembro de 1947, *RT* 183/934: “A posse titulada faz

presumir a boa-fé do adquirente: a orientação do Código Civil, a que se pode chamar impropriamente psicológica, é que não é preciso que o adquirente haja indagado da inexistência dos defeitos; não lhe compete isso para que se caracterize a boa-fé; ao contrário, antes do Código, pela orientação ética, a boa-fé consistia em ter o adquirente a certeza de que sem vício do título se tornava proprietário.").

Obviamente, o justo título só é invocável até onde vai a sua extensão (2Q Grupo de Câmaras Civis do Tribunal de Justiça de São Paulo, 29 de maio de 1950, 188/654). Se o titulo, por direito, não basta, não é legítimo, não é justo, de modo que acreditar ser suficiente o que não é suficiente é o mesmo que crer no que não pode ser. Se não há justo titulo, isto é, se não há aparência de legitimidade da aquisição da posse, o art. 490, parágrafo único, não incide; portanto, o ônus da prova da boa-fé incumbe ao que possui e se diz de boa-fé (2ª Cãmara Civil do Tribunal de Justiça do Paraná, 26 de novembro de 1946, *Ri* 45/ 64: "Não pode haver dúvida de que, na falta de aludida presunção, como decorrência de justo título, o ônus da prova da boa-fé cabe ao possuidor, que se desonera dessa obrigação no caso em que, pela existência do justo título, a presUnção de boa-fé tem de ser destruída por prova em contrário a ser produzida pelo adversário.").

O art. 490, parágrafo único, ressalva as espécies em que "a lei, expressamente, não admita esta presunção." A fonte foi a L. 7, § 3, C., *de* agricolis censitis vel colonis, 11, 48, onde se aludiu às proibições de alienar ou de comprar e se concluiu, lucidamente: *mala lide namque* possessorem esse *nuilus ambiget, qui aliquit contra legum interdicta mercatur* (ninguém duvida que seja de má-fé o que compra alguma coisa contra as proibições das leis). Manuel de Almeida e Sousa *(Fascículo de* Dissertações, 1, 156) exprimiu-o, no direito anterior, dizendo que "a má-fé se prova quando alguém comprou e adquiriu bens" — note-se a finura do jurista (comprou e adquiriu) — "contra a proibição das leis." Alguns juristas mais antigos referiam-se a não-restituição dos frutos ser caso de *error* iuris (e.g., Miguel de Reinoso, *Observa* tiones *Practicae,* 193), porém não haviam aprofundado o estudo do erro de direito.

6.

Regras jurídicas sobre posse *de boa-fé.* Não se exagere a importância das regras jurídicas sobre a posse de boa-fé. A boa-fé não tem qualquer papel fora das restituições, nos arts. 510, 511, 513-517. A

posse justa (= não violenta, não clandestina, não precária), sim. Quanto à usucapião, o art. 490, parágrafo único, não incide. A boa-fé não se exclui pela litispendência da pretensão de propriedade quanto à entrega da coisa cuja derivam os frutos. Desde a citação, o possuidor de boa ou de má-fé responde pela entrega da coisa e pelos frutos. Não se converte, necessariamente, com a citação, em possuidor de má-fé o possuidor de boa-fé (sem razão, a 2ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 25 de fevereiro de 1938, *RT* 114/124: "E de boa-fé a posse somente enquanto o possuidor ignora o vicio ou obstáculo, que lhe impede a aquisição da coisa. Desde que ele tem conhecimento do litígio, não mais pode ignorar que possui indevidamente, e assim cessa a boa-fé— art. 491 do Código Civil"; e 12 de setembro de 1938, 115/660, *Ai* 48/276/77/114). Aqui, convém precisar-se que, após a citação, o possuidor de má-fé responde pelos frutos percebidos, porque o dono deles é o proprietário, ou o possuidor que vence *(rei vindicatio* e art. 521). O possuidor de boa-fé responde por eles, mas obrigacionalmente: os frutos caem sob sua propriedade, mas a lei o obriga a restitui-los. Antes da citação, a posição do possuidor de boa-fé é melhor: os frutos são seus, como depois; sem que tenha de responder Dai, pois que há, no sistema jurídico brasileiro, o art. 491, poder o interessado alegar e provar a má-fé superveniente, a fim de que se lhe reconheça a aquisição dos frutos desde esse momento.

A discussão, na jurisprudência, entre o cômputo dos frutos desde a citação ou após a litispendência é, hoje, ociosa. O 219, *pr,* 2ª parte, do Código de Processo Civil fez efeito da citação a produção de litispendência (Comentários ao *Código de Processo Civil,* III, 236 s. A alusão à contestação da lide é sem qualquer pertinência (antes do Código de Processo Civil, discutia-se; cf. voto vencido no acórdão da 2ª Câmara da Corte de Apelação do Rio Grande do Sul, a 9 de abril de 1936, Decisões, 1936, II, 695; cf. 3ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 11 de setembro de 1933, *RT* 188/99).

Por outro lado, a afirmação de que a citação importa, necessariamente, em se criar a má-fé, provém de leituras de juristas estrangeiros de segunda ordem, que se refletiram, principalmente, em julgadores da 2ª Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo. Não há, nem sequer, a presunção que a Y Câmara insinuou, a 23 de setembro de 1940 *(RT* 133/559): "Havendo dúvida quanto à época em que a posse se tornou viciosa, o melhor critério é fixá-la a partir da propositura da ação"; ceda, a 31 de janeiro de 1944 (148/693): "Assim, o início da demanda, a citação inicial ou mesmo a *litiscontestatio* não são tidas, no nosso direito, como o marco divisor da

boa-fé ou má-fé possessória. A boa-fé pode desaparecer, surgf?ido a má-fé, antes do início da demanda, ou mesmo muito depois dele, da citação inicial ou da litiscontestação. Se, em regra, o possuidor vencido em ação reivindicatória é também condenado a restituir os frutos percebidos e a entregar as benfeitorias desde a citação, é em virtude da aplicação do principio declarativo das sentenças e do seu efeito retroativo (?) ao início da demanda." 7.

Perda do caráter de posse de boa-fé. A posse tem o caráter com que foi adquirida. Quem adquiriu de má-fé presume-se que continuou de má-fé; sem que se exclua a possibilidade de a boa-fé suceder à má-fé. Tomou, violentamente, o terreno e, depois, comprou-o, adquirindo, a seu ver, por justo título. Quem adquiriu de boa-fé pode vir a não crer em que seja justa a sua posse. No art. 491 diz-se que "a posse de boa-fé só perde esse caráter no caso e desde o momento em que as circunstâncias façam presumir que o possuidor não ignora que possui indevidamente." Presume-se que a boa-fé continuou, Circunstâncias posteriores podem ser alegadas e provadas que elidam a presunção.

No fundo, apenas se estabeleceu que, provada a boa-fé, se tem como continua, até que se prove que cessou. Alega-se e prova-se qual o momento em que a má-fé sobreveio. A citação, com o conhecimento que passa a ter da demanda o possuidor, marca momento em que, se não cessou antes, a boa-fé pode cessar, para o vencido (cf. 2ª Câmara da Corte de Apelação do Rio Grande do Sul, 9 de abril de 1936). Tem-se procurado atribuir a esse efeito o fundamento de regra jurídica especial, ainda que não escrita, negando-se, com a doutrina estrangeira, que seja atingido pela cessação da boa-fé, se havia; porém temos o art. 491, que não permite o principio *Mala lides* superveniens non nocet. Lafaiete Rodrigues Pereira *(Direito das* Coisas, 1. 200) disse muito bem: "É falsa a opinião dos que pensam que a citação induz sempre o possuidor em má-fé. Bem pode o possuidor, sem embargo dos fundamentos da citação, continuar, por julgá-

los improcedentes, na crença de que a coisa lhe pertence."

A afirmação de que, com a citação, se estabelece a má-fé do possuidor *(e.g.,* 2ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 2 de setembro de 1947, *RT* 170/651, e 16 de setembro de 1949, 183/284 e 6ª Câmara, 8 de outubro de 1948, 177/ 722), é de repelir-se (cedo, o 1ª Grupo de Câmaras Civis do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 28 de junho de 1949, *RT* 182/129; e a 2ª Câmara, a 24 de fevereiro de 1948, 173/757).

§ 1.079. Posse própria

1. Posse *própria e* posse em nome *alheio ou, melhor* posse *não-própria.* Posse própria, *Eigenbesitz,* é a posse como dono, a posse da coisa como sua. Se o que tem a posse da coisa como sua tem a posse direta, sem existir outra posse mediata, só ele tem a posse, a posse é plena. Se há outras posses mediatas que não a sua, e posse imediata, ou só posse imediata de outrem, o possuidor próprio é o possuidor como dono, em grau mais alto que o do outro ou os dos outros possuidores mediatos, ou o possuidor como dono sem posse direta.

Escusado é dizer-se que, a propósito de posse própria, o direito brasileiro tanto pode abstrair do *carpus* quanto do animus. Pode-se ter posse própria sem que haja qualquer relaçao material como pode havê-la sem que o possuidor pense, sequer, em possuir. Foi difícil à teoria libertar-se da ganga metafísica que, com as teorias subjetivistas, se formava em torno do problema. A doutrina alemã coube pré-excluir, diante da atitude do Código Civil alemão, o anirnus; à doutrina brasileira, pré-excluir o *animus* e o corpus. O vicio savignvaflo foi tão difícil de erradicar-se quanto os de teorias objetivistas que exigiam o corpus. Não faltou quem, após o Código Civil alemão, exigisse o elemento volitívo na posse e, pois, na posse própria (E. 1. Bekker, Der Desitz bew. Sachen, Jherings *Jahrbúcher,* 34, 33; O. von Gierke, *Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes,* 4; E Endemann, Einfúhrung, 153). Raciocinou CarI Frank *(Der Besitzwille,* 9): o exercício de poder fatíco e ato, o ato há de exprimir vontade. Com isso, partia do erro de definir posse como exercício, quando posse é apenas possibilidade de exercício. Mostramos que não seflrata necessariamente, sequer, de ato-fato. Posse é fato. A senhoria é fática; vontade de senhoria éoutra coisa. Não há no conceito de senhoria o elemento vontade (Jakob Auerbach, *Merkmale* und Bedeutung des *Eigenbesztzes,* 14 s.); e pode haver a vontade e a tença, ou a vontade e a posse não-própria, sem a posse própria.

2. *Precisões conceptuais.* Não se deve entender a posse própria como posse de quem é proprietário, porque o conceito de propriedade já é jurídico; não há, no mundo fático, proprietários e não-proprietários. Por isso, sem se ser dono, se pode possuir a coisa “como sua” (art.

550, verbis “possuir como seu um imóvel”, e art. 618, uerbis “possuir como sua”). O ser corno seu ou como sua é conceito do mundo f ático. Dai o erro em se introduzir, ao falar-se de posse própria, referência ao *animus* dom,nr, o que importa em descida ao foro íntimo e em entrada no mundo juridico. O ser como dono, ou como quem só usa, ou usufrui, ou se serve de alguma coisa, que se possui, passa-se no mundo fático, e tão-só no mundo fático (sobre isso, cf. E. Strohal, Zum Besitzrecht, *iahrhúcher for die Dogmatik,* 29, 267, e Der Sachbesitz, *Jherings Jahrbflcher,* 38, 13; Jakob Auerbach, *Merkmale und Bedeutung des* Eigenbesitzes, 14 5.; Gúnther Friebe, Ist zum Eigenbesitz der sogenannte animus domini erforderlich?, 69; contra, A. Manigk, Die Voraussetzung des Eigenbesitzes, *Archiu for* Borgerliches Recht, 25, 317). Qualquer alusão à própria consciência do exercício do poder fático, como fez R. Knauth *(Die Bedeutung des Eiqenbesitzes,* 14), é contra a teoria possessória do sistema jurídico.

Quanto à prova de que a posse seja própria, o Código Civil de 1916 não contém a regra jurídica do art. 2.230 do Código Civil francês, segundo o qual on est *toujours présumé posséder pour* soi, *et à titre de propriétaire,* s“U n“est *prouvé qu“on a* commencé *à* posséder pour un *autre.* Não se pode *a)* extrair do sistema jurídico, que não lançou tal presunção *iuris tanturn,* regra jurídica semelhante; nem *b)* a experiência aponta, a respeito, presunção *hominis.* Tentou H. Dernburg (Das *Búrgerliche* Recht, III, fl ed., 43 s.; cf. também Jakob Auerbach, *Merkmaie* und *Bedeutung des Eigenbesitzes,* 27) fundamentar *a);* mas sem convencer (cf. J. Meisne~ Das Búrgerliche Recht, 1ª ed., 93). O fato mesmo de constar do registro o nome do usucapiente (pode ser que haja registro sem se ter transferido a propriedade) não importa para se estabelecer presunção de possuir como seu o imóvel (R. Knauth, *Die Bedeutung des Eigenbesitzes,* 24): o legitimado segundo o registro pode possuir sem ser como seu o imóvel e, além disso, pode estar de má-fé.

A discriminação entre posse própria e posse não-própria éindependente, hoje, de qualquer vontade de posse ou de *animus* dom *mi.* Trata-se apenas de espécies de poder fático (posse própria, posse não-própria).

3. *Terminologia.* O Código Civil somente conhece posse de coisa. Não conhece posse de direito, quer real, quer pessoal. A posse própria é posse de coisa. Qualquer das posses mediatas, se há mais de uma, é

posse de coisa. A posse do locatário é posse de coisa. Posse de coisa é a do usufrutuário, a do usuário, a do credor pignoratício. A concepção da vida, alicerçada pelas circunstâncias econômicas, fez posses algumas espécies de tença que o direito romano só reputava detenções (cf. R. von Jhering, Der Besitz, *Jherings Jahrbücher,* 32, 93; L. Barteis, Ausfúhrungen zur Besitzlehre, *Gruchots Beitrôge,* 42, 648). Criaram-se, pois, novas relações (fáticas) de posse. A vida mesma, lá fora, mudou. As posses mediatas e a imediata ficaram em relação na qual pode não existir, subjetiuamente, um dos termos, porque só é de exigir-se que a posse esteja em relação com o que resta. Esse é um dos pontos mais delicados da concepção das duas posses: a posse mediata está em contraposição à posse imediata, sem se exigir que a posse imediata seja aquela em que o possuidor mediato crê; e a posse imediata está em contraposição à posse mediata, sem que se exija que essa seja a posse mediata em que o possuidor imediato crê. Possui imediatamente quem possui como locatário, ainda que não exista relação jurídica de locação e ainda que a pessoa de quem se crê ter provindo a locação não seja o dono, ou, até, não exista. Nem a expressão *mbWelbarer Besitz,* nem a expressão "indireta", dizem o que se lhes atribui: a posse mediata pode existir sem a imediata; e a posse direta do que é dono, ou, só, tem a posse própria, *enche* o todo da posse; o que tem a posse direta, sendo dono ou como dono, sem outros possuidores mediatos, tem o todo da posse (cf. E Endemann, *Einfúhrung,* II, *1, Q* ed., 125; W. Weidemann, *Der mittelbare Besitz,* 121). Em vez disso, as expressões "imediata" e "mediata" traduzem bem o que se passa.

As posses podem pôr-se em ordem, a partir da posse imediata, que é em uma só classe. Por exemplo: *a)* Posse imediata (posse de sublocatário).

b) Posse mediata (posse de locatário).

c) Posse mediata (posse de usufrutuário).

d) Posse mediata (posse de dono ou própria).

Se o possuidor como dono foi quem tomou em sublocação a coisa, tem ele a posse própria e a posse imediata, sem ser possuidor pleno. Se é o usufrutuário que a subloca, tem ele a posse mediata não-própria e a posse imediata. Se o possuidor como dono tomou em locação a coisa usufruida, é ele possuidor próprio e tem posse direta não-própria. O

que herda a casa que lhe está locada tem — enquanto não se procede à partilha e não transita em julgado a sentença —

composse mediata própria e posse imediata. O que sucede, sendo possuidor próprio, hereditariamente, ao locatário, como um dos herdeiros, tem composse imediata e posse própria.

Pode dar-se que a posse imediata seja composse, e a posse mediata mais próxima, ou outra posse mediata, ou todas as posses mediatas não no sejam, ou vice-versa; ou que algumas posses sejam *pra* diviso, e outras, não, ou todas o sejam, ou não; ou que a alguma posse mediata pra divisa corresponda posse imediata *pra divisa,* ou não corresponda, As teses de ser o possuidor imediato o representante do possuidor mediato (absurdo de A. Last, Fragen der Besitzlehre *Jherings (Jahrbúcher,* 63, 71 sã, ou exercente da posse do possuidor mediato (E Kniep, *Der Besitz,* 12), ou servidor da posse, são insustentáveis. Tampouco é necessário que, uma vez que existe posse imediata, exista possuidor mediato, erro que consiste em se falar juridicamente (= de dentro do mundo jurídico) quando se está a tratar do mundo fático, — ao que não se forrou F. Endemann *(Lehrbuch,* II, 8ª-9ª ed., II, 1, 167).

A posse imediata pode perder-se sem que a posse mediata que vem logo acima se perca, ou vice-versa. Qualquer das posses mediatas pode perder-se sem que outra ou outras posses mediatas se percam. Se o esbulho foi somente contra o possuidor imediato não ofende a posse mediata, salvo se está implícita a ofensa. A ofensa à posse própria pode ser contra todas as posses, ou não, mas, de regra, tem as conseqüências negativas do exercício que seria o da posse própria.

4. *Representante legal* e posse; *árgão e* posse. O representante legal do absolutamente incapaz tem a posse imediata.

Não é servidor da posse; nem é possuidor pleno: se a posse do absolutamente incapaz é posse não-própria, mediata, ao representante legal toca a posse mediata de grau inferior, que se intercala entre a posse mediata do absolutamente incapaz e a posse mediata, ou imediata, que lhe venha após; se a posse do absolutamente incapaz é imediata, mediatiza-se, para que possuidor imediato seja o representante legal. A concepção de R. Fôrtsch *(Gruchots Beitráge,* 43, 545 s.), que negava posse ao representante legal, foi, com razão, repelida; bem assim, a que nele somente via o servidor da posse. (Cumpre, porém, observar-se que o órgão da pessoa jurídica não é representante legal, embora, na linguagem wilgar, de “representante” se fale. O órgão da pessoa jurídica é órgão: quem possui é a pessoa jurídica; o órgáo não é servidor da posse, porém, como o servidor da

posse, não possui: funciona; o poder fático, que exerce, é da pessoa jurídica, como os seus atos de exercício são atos da pessoa jurídica. Assim, não se pode dizer, como fez H.

Geissler, *Der Besitz des gesetzlichen Vertreters,* 35, a respeito de certa decisão do Kammergericht, que a concepção de Fõrtsch seja verdadeira para o órgão: para ele, o órgão "representa", o que é falso.) O absolutamente incapaz pode ter posse própria e posse plena, se não há representante legal. A representação legal é que, exercida, retira à posse, própria ou não-própria, do absolutamente incapaz o poder fático com que se faz a sua posse mediata inferior, ou a sua posse imediata.

5. *Empreitante* e *empreiteiro.* Quanto ao empreitante e ao empreiteiro do edifício, discutiu-se na justiça. De um lado e do outro, lançaram-se proposições *a pria ri: a)* que é possuidor (Câmara Cível do Tribunal de Apelação de Minas Gerais, 17 de julho de 1939, *RF* 81/180); 14 que não é possuidor (3ª e Câmaras da Corte de Apelação do Distrito Federal, 28 de janeiro de 1931, *Ai* 17/476; e 4ª Câmara do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 31 de dezembro de 1940, 86/379; 2ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 2 de março de 1948, *RT* 173/795).

A solução não pode ser para todos os casos. Quanto aos materiais, que o empreiteiro fornece, só perde a posse deles quando passam a ser parte do edifício ou do terreno. Quanto aos fornecidos ao empreitante por terceiros, ou do empreitante, a posse do empreiteiro é imediata, e nada tem com o problema da posse do imóvel.

Quanto ao imóvel, há a empreitada, sem atribuição de posse imediata ao empréstimo *(e.g.,* se o possuidor próprio mora no prédio, que se está a reformar), e a empreitada, com a atribuição da posse (e.g., se o contrato diz "entregando-lhe o terreno, com as benfeitorias que há nele", "devendo o empreiteiro, enquanto constrói, tomar conta do terreno, entregando-o ao empreitante no dia 15 de março, estejam ou não ultimadas as obras", "o empreiteiro fica de posse do terreno, para construir, até o termo do contrato, sem que o proprietário possa intervir nos serviços, dando-lhe apenas instruções por escrito, que não alterem o contrato").

Quando, hoje, vemos não se analisarem as relações fáticas, *in casu,* para se saber se há posse própria, ou se há posse imprópria, abaixo da posse própria, a propósito da empreitada, compreende-se a dificuldade dos séculos passados para se colher todo o conteúdo da posse; e compreende-se que se tenha preferido aludir a imagem do direito, que faticamente se exerce, para se fixar o que se entende por posse (e.g., a "intenção" de exercer qualquer direito que recaia na coisa, como fez, no começo do século passado, C. J. Guyet, *Uber den* Animus possidendi, 133 s.).

6.

A regra jurídica do Código Civil, art, 498. "A posse do imóvel faz presumir", diz o art. 498, "até prova contrária, a dos móveis e objetos que nele estiverem." A regra jurídica do art. 498 nada tem com a do art. 59 (sem razão Tito Fulgêncio, *Da* Posse e *das Ações* possessórias, 77, e a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, a 13 de junho de 1947, *RF* 115/76). Móveis e objetos que se acham numa casa de modo nenhum são pertenças ou acessórios da casa. A Corte de Apelação do Distrito Federal, a 19 de agosto de 1936 *(Ai* 40/548), entendeu extensiva ao domínio a presunção; mas não há tal presunção no Código Civil. Note-se que se presume a posse própria dos móveis, embora se trate de possuidor impróprio do imóvel (e.g., locatário). Veja § 1.080, 2.

PARTE II

Aquisição e perda da posse

Capitulo I

Aquisição da Posse

§ 1.080. Modos de aquisição da posse

1. Modos de aquisição. O art. 493 estatui: “Adquire-se a posse: - Pela apreensão da coisa, ou pelo exercício do direito.

II - Pelo fato de se dispor da coisa, ou do direito. 111 - Por qualquer dos modos de aquisição em geral.” No parágrafo único, *que* só *concerne ao art. 493, III,* a despeito de se ter, por engano, sobposto ao art. 493, como parágrafo, em vez de como alínea do art. 493, III, acrescenta-se: “E aplicável à aquisição da posse o disposto neste Código, arts. 81 a 85.” A tradição simples, a tradição *brevi manu* e a tradição longa *manu* não se incluem no art. 493, III, porque delas cogita o art. 493, 1; nem o constituto possessório, de que fala, separadamente, o art. 494, IV. As regras jurídicas do art.

493 têm grande relevância, porque, junto âs regras jurídicas dos arts. 494-496, servem de pontos de referência a toda a teoria da aquisição da posse. Por elas sabe-se qual a atitude que, a respeito dos múltiplos problemas, assumiu o Código Civil.

2. Crítica à *enumeração.* A posse é conceito fundamental, natural (do adjetivo usou C. G. Bruns, Die *Besitzklagen,* 298), de fato rente à vida. Está antes do direito, que é impotente para o eliminar, nem seria conveniente ao próprio direito que se eliminasse. Não basta dizê-lo elemento de suporte fático. A morte também o é, como o nascimento e a maioridade e a avulsão e o próprio *negotium.* E elemento de suporte tático, porém não entra, só por si, no mundo jurídico. É *factum.* Algo precisa ocorrer para que o Suporte tático entre, mas, nesse momento, já é outro suporte fático que aquele elemento fático ou complexo de elementos táticos a que se chamou posse. Por isso mesmo, a distinção de E. Bekker (Das *Recht des Besitzes bel den* Rómern, 358) entre posse suporte fático e posse conseqüência jurídica é sem alcance. Não éo suporte fático da posse que se faz suporte tático das regras jurídicas

sobre posse: a posse é apenas um dos elementos. Sem razão seria considerá-la direito, como G. Lenz (Das Recht *des Besitzes,* 77), e isso já dissemos, ainda como interesse que, protegível como é, há de ser direito, como raciocinavam B. Matthiass *(Lehrbuch,* II, 4ª ed., 3) e E Bunsen (Besitzschutz, *Archiv fúr Búrgerliches Recht,* 23, 69). Quando se pensa em que o ladrão e o espoliador são possuidores, fácil é afastar-se que a posse seja direito. Ou, sequer, algo jurídico sem ser direito, como aventurou A. Brinz *(Lehrbuch,* 1, 492). Tais considerações convém ser de certo modo repetidas porque o art. 493, 1, se refere àapreensão da coisa e pode parecer que se está a regrar a aquisição da coisa pela apreensão, que é ato-fato.

Teriamos, assim, fato jurídico de que se irradiaria eficácia, portanto direitos, pretensões, ações e exceções. Ora, em verdade, o legislador está a contemplar a vida e *enunciou* que se adquire a posse pela apreensão da coisa. Tão-só isso.

Não deu entrada, com essa *apprehens ia,* à posse, que é fato, no mundo jurídico. Apenas, olhando o mundo tático, mencionou como se adquire. Nenhum ato entra no mundo jurídico desde já. O mesmo não se pode dizer quanto às outras espécies (art. 493, 1, 2ª parte, II e III).

A *apprehensio* é ato-fato, mas da passe pode não se ter mais qualquer notícia do começo, e então só se tem o fato da posse, a possibilidade de se exercer o poder fático. Por isso, a lei lançou a presunção do art. 498: "A posse do imóvel faz presumir, até prova em contrário, a dos móveis e objetos que nele estiverem." Têm regras jurídicas parecidas o Código Civil espanhol, art. 449, e o argentino, art. 2.403. Diz esse último: *La posesión de una cosa hace presumir la* posesión *de las casas* accessorias *a elia.* A regra jurídica do Código Civil argentino, art. 2.403, é de péssima redação: ~que são, para ele, coisas acessórias? São as pertenças as coisas acessórias? O Código Civil brasileiro, art. 498, apenas criou presunção para as coisas que se achem dentro do imóvel ("móveis e objetos"). Quem tem a senhoria do imóvel tem na, presumidamente, dos móveis e objetos. Contra tal extensão manifestou-se W.

Burghoff *(Der Besitzwille,* 45), não a propósito da regra jurídica brasileira, que ainda não existia, nem da espanhola, ou da argentina, mas em repulsa a sugestão de doutrina que entendia adquirir o dono do imóvel o que dentro do imóvel se colocasse. Todavia, a sua critica não atingiria a regra jurídica brasileira, nem, mesmo, a argentina, ou a espanhola (cp. Hans Berg, *Erwerb und Ver/uM des Besitzes,* 35). Veja § 1.079, 6.

O art. 493, 1, 1ª parte, fala de apreensão; portanto de ato-fato. Não se pode dizer que B não adquiriu a jóia que A lhe pôs na bolsa, ou na gaveta, porque B não quis e a aquisição posterior dependeria de B querer aceitar. A confusão, em que incidiu, por exemplo, Alexander Graf Wartensleben *(Besitzvererbung,* 37), foi entre aceitação do negócio jurídico da doação e aquisição da posse, que não é negócio jurídico, nem no seria a tradição, ato-fato dispositivo. Não se precisa do *animus,* para adquirir a posse, *e.g.,* como mantenho a posse do livro que me tiraram da biblioteca e me restituiram sem eu saber, adquiro a de livro que alguém, sem eu saber, pôs na minha coleção de primeiras edições (cp.

L. Raape, *Besitzerwerb ohne Besitzwillen,* 51 5.; e Hans Berg, *Erwerb und Verlust des Besitzes,* 37 sj.

§ 1.081. Apreensão da coisa (Código Civil, art. 493, 1)

1.

Aquisição pela apreensão da coisa (art. 493, I, 1ª parte). A posse imediata nasce com a obtenção do poder fático, sem nenhum outro possuidor abaixo (= mais perto da coisa). A vontade, o *animus,* não é pressuposto necessário. Abstraiu-se disso, no Código Civil. Todavia, se a vontade não é pressuposto necessário, pode pré-excluir a posse: o que encontra no bolso o objeto de arte que algum outro convidado, por pilhéria, aí pusera, e o repõe na mesa, ou noutro lugar, não foi possuidor. Ainda alguns juristas entenderam necessária a vontade possessória (O. Wendt, *Besitz und Besitzwille* 1 5.; 1-1. Kaemmerer, *Die Zulàssigkeit einer Stellvei-tretung im Besitzerwerb,* 40 5.; R

Sokolowsli, *Die Philosophie* im *Privatrecht,* li, 243 s. e 431 5.; V. Bruns, *Besitzerwerb durch Interessenvert reter,* 58

S.; E. Brodmann, em G. Planck, *Rommentar,* III, 4ª ed., 36 5.; E. Zitelmann, (Jbereignungsgeschäft, *Jherings Jczhrbúcher,* 70, 21). Sem razão; porque há muitas espécies em que se adquire a posse sem esse elemento volitivo (E

Kniep, *Der* Besitz, 91 5.; E. Strohal, *Der Sachbesitz,* 67; 1k Leonhard, *Vertretung* beim *Fahniserwerb,* 69 5.; C.

Crome, System, III, 28 e 39; P. Eltzbacher, *Die Handlungsfàhigkeit,* 1, 210 5.; L. Rosenberg, *Sachenrecht,* 25 s.). O

Código Civil brasileiro está certo.

Quando a vontade entra no suporte fático da aquisição da posse imediata, pode ser de determinação geral e ampla: a caixa de correspondência e telegramas, ou de leite e carne, a rede do pescador, a arapuca ou a armadilha do caçador, a entrada-labirinto para prender animais bravios. As cartas destinadas a outrem, que se hajam posto na caixa de correio, e os bilhetes de teatro que não encomendei, não caem em minha posse. Tenho deles apenas a *tença.* Se numa das cartas está escrito que são a meu cuidado, ou eu sou servidor da posse do destinatário, ou o possuidor imediato.

A tença pode ser originária a despeito de ainda existir, então, a posse de outrem. Assim, no roubo, no furto, na apropriação pelo servidor da posse. O que adquire de quem está em pleno delirio adquire originariamente; *aliter,* se há apenas incapacidade, ainda absoluta.

Ao servidor da posse, para se fazer possuidor, não basta a vontade: tem de haver ato, que entre no mundo juridico como ato-fato jurídico (cf. Th. Kipp, em 8. Windscheid, *Lehrbuch,* 1, 9ª ed., 809). O ato-fato jurídico da tomada de posse é que muda a *causa possessianis.* Não entramos aqui na indagação de haver, ou não, aí, mudança permitida.

O poder tático, cuja possibilidade a apreensão estabelece, pode iniciar-se com a entrada na caixa do correio, ou com a simples deixação na mesa do jardim, quanto a livro que alguém entendeu que o perdera e fora verdade; porém também quanto àcolher que o amigo, sabendo que o dono da casa só tinha quinze e precisava ter dezesseis, pôs no faqueiro, ou sobre a mesa, ou quanto ao livro que quisera dar e pensara ter dado a alguém e reencontra na gaveta ou no cofre (Ofto Sprenger, *Der Besitzdiener,* 29). Dir-se-á que, se alguém adquiriu a posse por efeito de negócio jurídico, só a vontade é que decide. Está certo; mas, aí, não é de apreensão que se trata, — trata-se apenas de saber se o outorgado está em posição (= em circunstância) de poder exercer o poder fático. Por isso que há negócio, o absolutamente incapaz não pode adquirir, com base no art. 493, III; mas, se após o negócio jurídico nulo, tomou posse, adquire-a com base no art. 493, 1, 1ª parte (H. Dittenberger, Schutz *des Kindes,* 91 s.). Quanto à cessão da

pretensão à restituição, a posse, que o cessionário adquire, é a posse que o cedente tinha. Daí não se tire que a cessão seja de pretensão pessoal.

A cessão da pretensão à entrega da posse e cessão de pretensão real, razão por que é modo de transferir posse, e não só de transferir propriedade.

2.

Animais e apreensão. Quanto aos animais que caem em arapucas ou armadilhas, tem-se de atender ao lugar em que as fez o caçador. Ou o terreno é seu (= ele o possui), ou não no é (= não no possui). Se é seu, todo animal que caia é posse do armador, que preparou o poder fático. Se o terreno não é seu, o proprietário ou possuidor do terreno enfrenta, digamos assim, a tentativa de poder tático do armador. Ainda se abstraímos, como devemos, da aquisição da propriedade da caça (art. 598), a solução é no mundo tático, e o armador só se faz possuidor quando o poder fático do dono, ou possuidor do terreno, estiver afastado; portanto: quando houver apanhado a presa, sem que o dono ou possuidor do terreno possa constrangê-lo, de fato, a suspender a mao. O caçador só se faz possuidor da caça, ao cair ela na arapuca ou na armadilha, se o poder fático do dono ou possuidor do terreno não lhe é óbice. Esse poder fático é óbice enquanto épossível que se exerça, eliminando a tentativa do caçador. Passa-se o mesmo com o ladrão de caça, que não use arapuca ou armadilha. Na L. 55, D., *de adquirendo rerum dominio,* 41, 1, Próculo mostrou toda a dúvida que havia nos juristas clássicos: O javali caiu no laço que puseste; cheguei, desprendi-o e levei-o.

Tirei-te, acaso, o javali? ~E se o houvesse solto? Terias ação contra mim? A solução não se distinguia da solução de hoje, salvo no que se referia a parque fechado, sem que o proprietário ou possuidor conhecesse o que continha (L. 3, §

14, D., *de adquirenda vel amittenda* possessione, 41, 2).

Para o direito romano, coisas, que nos dessem durante o sono, não cairiam em nossa posse (L. 1, § 3, D., *de adquirenda vel amittenda* possessione, 41, 2: *sicuti si quis* dormienti *aliquid* in manu *ponat).* No direito contemporâneo, tem-se de verificar se a pessoa prepara, espacialmente, o poder fático de outrem, como se põe o dinheiro na

carteira, ou no bolso, ou no cofre do que dorme, ou não está presente; ou se o ato de transmissão foi tal que só a repulsa teria a consequência de afastar a aquisição. A posse pode ocorrer sem a vontade (E. Strohal, Der Sachbesitz, *Jherings Jahrbúcher,* 37, 72 s.), ainda que a lei não tenha previsto a aquisição da propriedade, como acontece com os frutos caldos de árvore do terreno vizinho (art. 557); *e.g.,* as conchas que as águas pluviais trazem e não se ligam ao solo.

3.

Posse do *que perdeu a coisa.* A pessoa, que perde a coisa, não tem o poder fático corporal, nem no tem a que foi esbulhada. Mas o poder fático continua, a despeito da perda da tença corporal, de modo que o tato jurídico *stricto* sensu, que é a posse, continua de irradiar efeitos, um dos quais é a pretensão possessória à reintegração. Tal o que resulta enfªistemas jurídicos que abstrairam do corpus e do *animus.* No entanto, O. von Gierke entendia que o perdente da coisa perde a posse. Sustentaram que o perdente continua possuidor, mediatizado, O. Wendt (Besitz und lnhabung, *Archiu fiir die civilistische Praxis,* 74, 62); Th. Kipp (em 8. Windscheid, *Lehrbuch,* 1, 9ª ed., 698), E. Przibilla (Erwerb des mittelbaren Besitzes, *Jherings Jahrb,Ucher,* 50, 366), EckLeonhard *(Vortrdge,* 1, 14 s.); Fr Leonhard *(Vertretung beim Fahrniserwerb,* 72 s.), que refere a falta de causa, e H. lsay *(Die Geschãftsftihrung,* 278 sã.

A posse do que perdeu a coisa é satisfatoriamente concebida no mundo contemporâneo. Supomos que em países civilizados o poder fático persiste, intacto, enquanto a coisa perdida está longe do possuidor. “Em viagem à Inglaterra, desci em hotel hamburguês. Quando, no outro dia, de manhã, quis ir a bordo do vapor, verifiquei que me faltava malinha, com conteúdo de valor A investigação, a que imediatamente se procedeu”, conta P. Sokolowski *(Die Philosophíe im Privatrecht,* II, 294 s.), “mostrou que a malinha havia sido entregue a outro hóspede, que por sua vez partira, horas antes, para Lubeque, por via marítima. Devo confessar que não dei por perdida, um só instante, a posse da mala; porém podia assegurá-la continuamente, por ter à minha disposição série de organizações, em parte de natureza pública e em parte social, que se ligavam uma a outra, com positiva segurança, para manter o poder fático. O

hoteleiro avisou, de pronto, a agência da companhia de viação. A companhia utilizou o aparelho telegráfico, que funcionava

perfeitamente, a fim de ordenar a todos os seus agentes, nos portos de escala do vapor, que investigassem acerca da malinha. No primeiro podo de parada, apareceu a bordo o agente da companhia, que deu o nome do hóspede que fizera a troca achou a mala, e despachou-a, como encomenda assegurada, na estrada de ferro, e dentro de um dia estava eu outra vez na posse corporal da mesma. Se a mala se achasse em minha casa, ou no *hail* do hotel, no carro do bagageiro da estrada de ferro, ou no vapor, seria indiferente segundo as condições sociais existentes entre nós na Alemanha. O meu poder fático estava, em toda a parte, intacto. Também podia ter faltado um anel, que fosse, na cadeia dos fatores referidos, ou funcionar irregularmente, para que a minha posse se desfizesse. O horário da companhia de viação marítima podia ser incerto, o telégrafo moroso, prevaricadores os agentes, ou desleixados no cumprimento do seu dever, — todas essas circunstâncias com que se deve contar em sociedade mal organizada. Em tal situação, o poder fático não mais teria tido base segura e talvez só a teria a ajuda frágil na esperança de casos fortuitos ou da honradez do achador" Com isso apenas se alude, como é acertado, ao mundo fático. Se o achador, desonesto, dissesse que não vira a mala, nem a descobrissem os que investigavam, o possuidor estaria na iminência de perdê-la como objeto de posse e, mais tarde, pela usucapião, como objeto de domínio. Enquanto, porém, o possuidor não derrelínque ou "perde" a coisa, a posse persiste, como fato jurídico *stricto* sensu (o que se há de corrigir a P.

Sokolowski) e dele se irradiarão os efeitos de pretensão e ação possessórias. Por isso mesmo, a lei estabelece para os achadores, pelo fato jurídico do achádigo, o dever de restituição ao dono, ou possuidor legítimo, ou, se não sabem quem é, o dever de se comunicar à autoridade competente o achádígo e de entregar-se-lhe o achado (art. 603). O

achádigo é fato jurídico; se o achador se apodera da coisa, sobrevém outro fato jurídico, o ato ilícito de furto. Os efeitos de tudo isso já se passam no mundo jurídico. Se bem que a ordem pública vele pela posse, ela não éstatus da ordem pública; depende do possuidor, que tem o poder fático, desvencilhado do animus e do corpus romanos e, *a* fortiori, do anímus domini kantiano-savignyano. Veja nº 6, e §§ 1.064, 7, 1.103 e 1.133.

4.

Permissão de tomar posse da coisa. Se alguém se *permite* tomar posse da

coisa, adquire-a quem a toma; enquanto nao ha a tomada de posse, existe, devido à permissão, direito formativo gerador, posto que se extinga .jlesde o momento da revogação. Não há turbação, nem espoliação, em se tomar, enquanto não se revoga a permissão, a posse de que se trata. As vezes tal direito existe sem ter havido a permissão, que, então, é substituida pela autorização em *virtude de lei:* o cônjuge tem direito a entrar na posse dos bens comuns, trazidos ou aqúestos; têm-no também o pai ou mãe, titular do pátrio poder, d tutor, o curador, o inventariante e os administradores de massa. A esse direito correspondem ações de imissão na posse (sob o Código de Processo Civil de 1939, arts. 381-384). Quando alguém adquire prédio e o alienante não transferiu, efetivamente, a posse, é a ação de imissão que se há de propor. Se, em vez disso, a transferiu e a turbou, ou esbulhou, a ação cabível é a de turbação, ou a de esbulho. Se a mulher, por exemplo, se opõe à posse pelo marido, a entrada na posse só seria possivel através da justiça, salvo se, excepcionalmente, pudesse haver, *in* casu, justiça de mão própria (sem razão, 1(. Cosack, *Lehrbuch,* 11, 6ª ed., 562, que admitiu a tomada violenta; e G.

Planck, *Bdrgerliches Gesetzbuch,* IV, 114 s., que exigiu o pedido à mulher, previamente, ainda que se não haja esboçado oposição dela; contra ambos, com razão, A. von Tuhr, *Der Aligemeine Teu,* 1, 179, cf. R Oertmann, Das Besitzrecht des Ehemannes, *Jherings Jahrbúcher,* 44, 207 s.).

5.

Momento da aquisição da posse, se houve violência ou clandestinidade. No sistema jurídico brasileiro, a chamada posse *vi,* ou *clam,* não é posse, enquanto há a violência ou a clandestinidade. Torna-se posse após cessar a torça ou o ocultamento. Se A está roubando, ou furtando, enquanto rouba ou furta, inclusive enquanto corre ou se esconde, de modo que não possa ser pegado, posse não tem. Não é possuidor, nos termos do art. 485. Se já se ultimou o roubo, ou o furto, de jeito que a vítima do crime, sabendo, ou não, que foi roubada, ou furtada, não está no encalço do criminoso, se bem que esteja em investigações, há posse do ladrão. Se A tomou a tença do terreno, sem que o dono, ou outro possuidor, o visse (= pudesse saber), A não adquiriu posse. Mas A faz-se possuidor desde o momento que se torna pública a sua tença, ou dela tem conhecimento o esbulhado. Tudo isso resulta de proposição do Código Civil, que é de grande alcance (art. 497, 2ª parte): “assim como não autorizam a sua aquisição os atos violentos, ou clandestinos, senão depois de cessar a violência, ou a

clandestinidade." Daí resulta que o vício da violência e o da clandestinidade marcam a tença e há dois períodos na existência viciosa, — o período da posse viciosa, que não é posse, é tença, e o da posse viciosa após a cessação da violência ou da clandestinidade, que é posse e pode ser protegida. No primeiro período, a viciosidade não é erga *omnes,* é relativa, como após a cessação da violência, ou da clandestinidade. A alegação de terceiro é sobre não-posse, e não sobre vício. No segundo período, a viciosidade, que continua relativa, é alegação por possuidor esbulhado contra possuidor vicioso. Note-se: *possuidor* vicioso.

6. Coisas *achadas.* No direito brasileiro, quem quer que ache a coisa alheia perdida há de restitui-la ao dono ou legitimo possuidor; se não é possível, ou difícil, há de entregá-la à autoridade competente no lugar (art. 603 e parágrafo único). A invenção, no sistema jurídico brasileiro, não é modo de aquisição da propriedade; porém isso nada tem com o problema da posse. O achador (= inventor) tem posse enquanto não entrega a coisa. Está na situação de quem, por dever, tem de cuidar da coisa (cp. art. 605). Todavia, o art. 520, 111, 1ª parte, diz que se perde a posse pela perda da coisa. ~Quando a perda da coisa se dá? A ambiguidade das expressões usadas é perigosa para quem leia sem atenção o Código Civil, no art. 603, *verbis* "coisa alheia perdida", e no art. 520, 111, 1ª parte, *verbis* „perda." Quando se perde a coisa, no sentido do art. 520, III, 1ª parte, perde-se, desde já, a posse da coisa? 0u só se perde a posse da coisa se alguém não na achou? Ou só se perde a coisa quando já a posse foi adquirida por outrem, o que faria o art.

520, III, 1ª parte, se subsumir no art. 520, IV?

O problema da posse do inventor não é o problema da perda da posse pelo possuidor da coisa, nem depende desse. Convém, portanto, separá-los.

A posse do inventor foi *vexata quaestio.* O problema nada tem, advirta-se, principalmente no direito brasileiro, com o problema do tesouro, nem com o d~ posse do que a tomou crendo tratar-se de coisa adéspota (res *nullius),* —

porque aí há posse própria (cf. E. Delbrúck, Vom Finden verlorener Sachen, *Jahrbocher fOr* die *Dogmatik,* 111, 18).

Aliás, a aquisição da posse sem que o apreensor saiba ser coisa perdida pode ser posse mediata (cf. Th. Gimmerthal, vom Finden verlorer)er, derelinquirter und herrenloser Sachen, *Archiv for die civilisti~che Praxis,* 52, 523); ou a imediata, sem a mediata (A "ocupou" e E tomou de empréstimo, ou E fez-se gestor de negócios de A, que depois

"ocupou"). Não se há de pensar, aí, em achada (confuso, A. Sieveking, *Der Finder und* die *gejundene Sache,* 5 s.).

Negaram a posse mediata do perdente O. von Gierke *(Die Bedeutung des Fahrnishesitzes,* 7, nota 15), E. Strohal *(Der* Sachbesitz, 24), M. Gãrtner *(Schutz gegen Besitzuerlust,* 149), Er. Leonhard *(Vertretung beim Fahrniserwerh,* 71

s.), Schlieter (Der *Besitz hei* der *Fundsache,* 43 s.). Quanto ao direito comum, E. L. Weiss (Das *Recht des Finders,* 30

s.), O. Freitag (Die *Besitzverhãltnisse an der* gefundenen *Sache,* 31 s.). Afirmam a posse mediata do perdente O.

Wendt (Der mittelbare Besitz, *Archiv for die civilistische Praxis,* 87, 62 s.), E. Bendix (Die *Besitzlehre,* 2, e em *Das Recht,* IV, 46), Spornberger *(Die Gestaltung der Besitzverhãltnisse hei einer gefundenen Sache,* 59). Para o direito comum, Mandr~ (Zur Lehre vom Besitzeswillen, *Archiv for die civilistische Praxis,* 63, 1 5.); H. Dernburg *(Pandekten,* 1, T ed., § 173, nota 6, 404), i. E. Kuntze *(Zur Besitzlehre,* 67 5.: "o achador tem posse jurídica porque tem vontade de ter eventualmente a coisa para si"); R. von Jhering *(Die Besitzwille,* 422 s.), 2. Hirsch *(Die Principien des Sachhesitzerwerbes und -Verlustes nach* rômischem *Recht,* 678), E. Hass *(Die Klagen der Verlierers gegen den Finder,* 18), M. E Buchholtz *(Die gejundene Sache,* 35), O. Lenel (Stellvertretung und Vollmacht, *Jherings iahrbiicher,* 36, 60 s.).

Se o achador está de má-fé e se apossa da coisa para si, ou o faz clandestinamente, ou o faz violentamente (alguns, como W. Heintzel, *Wie gestalten sich die Rechtsverhàltnisse bei einer geJundenen Sache nach BGB?,* 71, a têm como furto ou roubo de coisa perdida). De qualquer maneira, a posse é viciosa e, no direito brasileiro, a "posse" viciosa por violência ou clandestinidade enquanto não cessa a violência ou a clandestinidade não é posse (art. 497, V

parte, *verbis* "não autorizam sua aquisição os atos violentos, ou clandestinos, senão depois de cessar a violência, ou a

clandestinidade").

O que se apossou da coisa, sem clandestinidade, sem saber que era perdida (nem devendo saber), é possuidor próprio, pois que nao houve vício; não se pode invocar o art. 497, 2ª parte. Veja, antes, nº 3, e §§ 1.064, 7, 1.103 e 1.133.

§ 1.082. Posse e exercício de direito (art. 493, 1, 2ª parte)

1. *Exercício* do direito. Adquire-se a posse, entre outros casos, diz o art. 493, 1, 2ª parte, pelo "exercício do direito." Quem exerce poder fático que se contém no direito de usufruto, uso ou habitação, ou no de locatário, ou de comodatário, ou de administrador, ou de credor pignoratício, ou noutro semelhante, *ainda que* o *não tenha,* é possuidor; pode tê-lo, e não estar de posse, tendo de pedir imissão, se é real o seu direito, ou exercer a pretensão obrigacional à posse da coisa, como o locatário. O exercício do direito contém, ai, o exercicio de poder fático sobre a coisa; portanto, implica o poder fático. A favor do possuidor da coisa móvel não há presunção de que tenha o direito real, cujo exercício pratica. Só o proprietário e o titular do direito real têm *direito à* posse. Podem pedir imissão, se lhes falta a posse. Posse só se protege, provisoriamente; razão por que os que têm direito àposse passam à frente dos que possuem sem terem direito a ela. O locatário e outros titulares de direitos, que só são obrigacionais, não têm direito à posse; têm pretensão à prestação da posse. O art. 493, 1, 2ª parte, apanha a apreensão da coisa sobre que se vai exercer direito real ou o direito de gozo da coisa e a tomada da posse prometida. Se A é locatário, tem de pedir a posse, porque não na tem; não pede a imissão, pede a prestação de posse pelo locador A aquisição derivativa, seja transíativa, seja constitutiva, de posse, supõe que o transmitente a tenha, ou que transmita a pretensão à entre2a da coisa. Se o que transmite a posse não na tem, nada transmite, O acordo, que se estabeleceu, é *ineficaz,* por não entrar no mundo jurídico, no que se distingue do negócio jurídico obrigacional de prestação de propriedade, ou de posse, que existe, pode valer, mas é ineficaz para se exigir a prestação primária.

2. *Titular do exercício do direito.* O exercício do direito pode ser pelo titular, ou por outrem; porém não há exercício, se o possuidor da coisa

havia permitido, ou tolerado (art. 497, 1ª parte), antes, sem constituição de posse, o ato do titular, ou se havia permitido ou tolerado atos tais a quem quer que fosse (J. Eiermann, *Sachenrecht,* 340; G. Planck, *Kommentar,* III, 4ª ed., 596).

A expressão "posse de direito", rigorosamente, somente caberia a algumas servidões, por parte do prédio dominante. Não é, porém, nesse sentido que o Código Civil a emprega nos arts. 520, parágrafo único, e 493,1, 2ª parte.

As posses do art. 486 e a do titular da servidão são posses que têm por objeto coisa, e não direito. O exercício do direito (aris. 493, 1, 2ª parte, e 520, parágrafo único) entra na definição de posse do art. 485. Conforme veremos, a respeito do art. 520, parágrafo único, não há, no direito brasileiro, regra jurídica semelhante à que se inseriu no § 1.029

do Código Civil alemão. Se pretendemos que posse de coisa é a posse de toda a coisa, ou parte divisa dela, e posse de direito, a posse em que não há poder fático *completo* de toda a coisa, ou de parte divisa dela, o usufrutuário, o usuário, o habitador, o locatário, o mandatário, o depositário e o credor pignoratício são possuidores da coisa; e os titulares das servidões (sem poder fático completo de parte divisa da coisa), possuidores de direitos. Mas seria a velharia da concepção da *relação entre pessoa e* coisa, em vez da concepção, cientifica, da *relação* entre pessoas.

No direito civil suíço (art. 919, 2ª alínea), os ônus fundiários *(Grundlasten)* fizeram-se objeto de posse. Para isso, foi preciso regra jurídica explícita, como, para as servidões, a do § 1.020 do Código Civil alemão. O Código Civil brasileiro não as possui; e foi acertado livrar-se de tal distinção entre a posse *completa* e a posse para certo *ato* ou omissão, que só mereceu as referências dos arts. 493, 1, 2ª parte, e 520, parágrafo único, tocante à causa das posses. O

§ 1.029 do Código Civil alemão e o art. 919, 2ª alínea, estão superados.

Clovis Bevilacqua *(Código Civil Comentado,* III, 9), não compreendendo o que copiara (Projeto primitivo, art.

566) ao Projeto alemão, escreveu: "O Código reconhece a posse dos direitos ... Como, porém, a posse é estado de fato, correspondente

àpropriedade, os direitos suscetíveis de posse são apenas os que consistem em desmembramentos dela, os direitos reais, excluída, naturalmente, a hipoteca, porque ela não importa utilização sem detenção da coisa vinculada à garantia de pagamento." Ora, aos direitos reais, inclusive algumas servidões, corresponde, certo, posse da coisa; e nenhuma posse há, tratando-se de renda imobiliária, ou da hipoteca. Se a posse de direito é a que se nomeia no art. 486, também corresponde ela a direitos pessoais que dêem poder fático sobre a coisa, como o do locatário, o do comodatário e o do mandatário. Aliás, no Projeto primitivo, o art. 601, 2ª alínea, a que corresponde o art. 520, parágrafo único, falara de perda da posse dos "direitos reais", o que teria sido desastroso.

3.

Posse sem *direito à posse.* Se não há o direito, *e.g.,* se o título é nulo, quem atuou, como se o exercesse, é sem *direito à* posse. Se a recebeu, por ele, derivativa-constitutivamente, ou derivativatranslativamente (e.g., o locatário por transpasse do contrato de locação), não tem direito à posse, mas tem posse: a entrega corporal é ato-fato jurídico. Pode dar-se, contudo, que não seja por entrega corporal a tradição. Então, o problema é o mesmo que surge a respeito da posse como de dono (dita posse própria, posse proprio nomine, posse como dono): tradição *brevi manu,* tradição *longa manu,* constituto possessório, cessão da pretensão a entregar.

§ 1.083. Posse segundo o art. 493, II

1.

Ato de disposição. Diz o grt. 493, II, que a posse se adquire "pelo fato de se dispor da coisa, ou do direito." A regra jurídica foi pessimamente redigida, pela equivocidade de "dispor." Dispor é manifestar a vontade de perder, ou de transmitir, ou de modificar, gravosamente, algum direito, pretensão, ação ou exceção: não se adquire, dispondo-se; na transmissâç, dispõe o transmitente, não o alienante. ~Que é, pois, dispor, no art. 493, II? Dispor também é "determinar o uso, ou o que se há de fazer de alguma coisa" (Antônio de Morais e Silva, Dicionário, 1, 3ª ed., 638; cf. também Coelho da

Rocha, *Instituições,* II, 3ª ed., 347: "A apreensão ou tomada da posse consiste em fato material qualquer patente, pelo qual o adquirente se entende ficar legitimamente habilitado para dispor da coisa."). Nesse sentido, o art. 493, II, apenas completa o pensamento do art. 493, 1: há apreensão, *punctual,* que é início de poder fático, e há o fato de continuar-se esse poder, que é *línea 1,* no tempo. Mesmo porque, se A é dono da coisa, sem posse, e dispõe dela, no sentido de aliená-la ou derrelinqiii-la, de modo nenhum se faz, no instante (punctualmente), possuidor: não aliena posse, porque não tem posse; pode, apenas, alienar a pretensão *pessoal* ou *real* à entrega da coisa.

2. *Posse imediata.* O que se disse sobre a posse de dono também apanha a posse não-própria, ou, melhor, as outras posses mediatas e a posse imediata. O usufrutuário que não tem posse não pode dar posse ao locatário; nem, com o manifestar a vontade de a dar, se faz possuidor. Desde que tomou posse do bem do usufruto, possuidor é; e conserva-se tal enquanto tem o poder fático, ainda que não use dele, nem lhe colha os frutos.

Certo, a posse não se adquire por simples manifestação de vontade por parte de quem possua (4ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 21 de novembro de 1946, *RT* 166/ 334); porque é preciso que o outorgado estej~ em situação de poder tomar a posse, de poder exercer o poder fático, que é a posse.

O dispor da coisa já é exercício do poder de dispor da coisa. De modo que já se adquiriu a posse quando se adquiriu, faticamente, o poder de dispor da coisa. Resulta isso da própria definição de posse (art. 485). O credor pignoratício ou o que tem a posse como o credor pignoratício teria poder de dispor da coisa, porque dispor, aí, tem conteúdo diferente do que teria dispor em se tratando de posse como dono, ou de posse como usufrutuário, usuário, ou titular de direito de habitação. O conteúdo do ato de disposição é dado pelo objeto de que se dispõe; o conteúdo do poder de disposição, pelo objeto de que se pode dispor.

§ 1.084. Tradição

1. *Entrega da posse.* A posse consiste no poder fático sobre a coisa. Mas todo o poder fático há de começar. Se o poder fático está com A, e A o quer transmitir a B, — ou E tem de tomá-lo, com o assentimento de A, anterior ou simultâneo, ou posterior, ou B está em circunstâncias tais quanto à coisa que só depende dele mesmo assumi-lo, se A assente em entregá-lo. O poder fático, cujo exercicio só depende da vontade da pessoa, é poder que já existe e o único obstáculo estava em tê-lo, *também,* outrem. O exercício por A chocar-se-ia com o exercício por B; se A assente, o choque não se dá. O poder fático que E pode exercer, investindo-se nele, ou *(a)* advém de já ter B a posse imediata, de modo que o assentimento de A na transmissão significa que *entregou* a posse mediata, e a isso chamou-se *brevi manu traditio,* ou *(b)* de circunstância em que o assumir o poder fático só depende de B, assentindo A. *(c)* No *constitutum* possessorium, A, que transmite a posse, fica como possuidor imediato, ou mediato inferior, ou servidor da posse, em relação a E. O Código Civil suíço, art. 922, 2ª alínea, depois de falar da transmissão pela entrega-tomada *(Ubergabe, remise, consegna,* nas três línguas), explica que a entrega *(Ubergabe, tradition)* é perfeita, desde que a coisa se acha, pela vontade do possuidor anterior, em poder do adquirente. E o pôr à disposição desse. O pôr-se à disposição de alguém a coisa não perfaz a tradição, se essa pessoa não está em circunstâncias de exercer o poder fático sobre a coisa, ou se recusa a admiti-lo. O possuidor anterior tanto *quer* a passagem da posse, na transmissão da posse pela simples entrega-tomada, cano na transmissão da posse em que a tomada é sem o exercício do poder que já se tem, exercicio que só a posse por outrem impedia.

A obtenção do poder fático sobre a coisa não pressupõe o exercício, *e.g.,* o contacto material com a coisa. O dono da terra aberta, que me permitiu cortar as árvoresj fez-me tradição das árvores; não assim o que só mo prometeu. Se as árvores estão em terra, que ele me alugou, dá-se a *brevi manu traditio.* Se estão longe, mas o poder fático, após o assentimento do transmitente, pode ser exercido, porque nada mais o impede, dá-se a *longa manu traditio.* Embora mais perto a coisa na *brevi manu traditio,* o fato jurídico da *longa manu traditio* é da mesma natureza: há, aqui, a tomada de posse, potencialmente.

2. Traditio *simples.* Trata-se de ato-fato jurídico, pois os atos componentes do suporte fático (entrega, tomada) se tratam como ato-fato do mundo jurídico, para o qual não se exige capacidade de obrar do transmitente, nem do adquirente (sem razão, v. Eruns, *Besitzerwerb durch Inteveressenuertreter,* 82 5.; E. Zitelmann, Ulbereignungsgeschãft,

Jherings iahrbúcher, 70, 23 s.). Ato-fato jurídico, a entrega-tomada simples, não é suscetível de ser-lhe decretada a nulidade, nem a anulação, inclusive por vício de vontade, — razão por que a aquisição da posse recebida do louco éderivada, e não originária (sem razão, Martin Wolff, *Lehrbuch,* III, 32). Seria impossível eliminar-se todo o elemento *ato,* na constituição e na transmissão da posse. Na transmissão, o elemento novo, que faz ser derivativa, e não originária, a aquisição, é o ato do transmitente. Se entrega-tomada simples, algo liga os dois atos: é o acordo, que é ineliminável no suporte fático da tradição, posto que esse suporte fático só entre no mundo jurídico como ato-fato jurídico.

A velha doutrina tinha a tradição como contrato (Irnério, Cujácio; sobre os juristas da renascença, cf. E. Strohal, *Succession in den Besitz,* 213). Foi *E* von Savigny *(Das Recht des Besitzes,* 8ª ed., 44, 207 s. e 240) quem abriu luta contra a idéia de derivação na aquisição da posse, até que, com A. Brinz *(Lehrbuch,* 1, 55 s.), se voltou à afirmação da natureza contratual. Energicamente, A. Exner *(Die Lebre* vom *Rechtserwerb durch Tradition,*

11)

acentuou que se podia transmitir o direito real, não a posse. Em vez disso, na doutrina contemporânea, nega-se, apenas, a natureza negocial da entrega-tomada de posse, como da tomada de posse (A. Manigk, *Anwendungsgebíet,* 200 5.; *Willenserklàrung,* 656 5.; W. Pabst, *Die Recl-itsnatur der Einigung,* 124 sI 3.

Brevi manu traditio. Se o que adquire a posse já a tinha a outro título, dá-se a *brevi manu traditto,* que supóe o acordo sobre a transmissão da posse, como o *constitutum possessorium* e a *longa manu traditio.* Ela e essa são atos jurídicos *stricto sena,.* O constítuto possessório, em que há de comum com a *breui manu traditbo* o não mudar de âmbito espacial a coisa, não tem a mesma natureza que as *traditiones breui* ou longa *manu:* não é efeito de ato jurídico *stricto sensu;* é negócio jurídico.

Na tradição *brevi manu,* cessa a posse mediata, porque a posse indireta, B‟, se somou à posse direta, B”; donde B. Transfere-se a quem tem a posse direta a posse indireta, do que resulta a posse plena. No constituto possessório, o que tinha E, pois que perde B‟, que transmite, e conserva B”, deixa de ter B e passa a ter somente B”. Quando, hoje, atribuímos eficácia transmissiva da posse à cessão da

pretensão à entrega, opera-se a evolução mesma do pensamento, que abstraiu do *animus* e do *corpus.* Dir-seá que por demasiado heterogêneo se há de considerar o direito contemporâneo, devido a essa mistura de elementos romanos e germânicos; mas tal é o próprio espírito hodierno, selecionador em dois sistemas jurídicos europeus. A transmissão da posse, segundo o art. 1.572, é expressiva. O

direito romano não chegou a mais do que à continuação do curso da prescrição a favor de herdeiro, se ele se houvesse feito, a seu turno, possuidor. E inegável a vantagem do direito de hoje, de fundo germânico, que criara outra concepção da posse do herdeiro, sujeito da massa dos bens do decujo, abstraindo-se do *animus* e do *corpus* (cf. E.

Heymann, Die dingliche Wirkung, *Festgabe for* Felix Dahn, III, 158 s.). Não precisa conhecer a transmissão da posse, nem, sequer, o ser herdeiro. Só a renúncia da herança atinge essa transmissão, para que se *tenha dado* a favor de outrem. O que se transmite é a posse, tal como~cxistia no momento de abertura da sucessão (própria, mediata, imediata, viciosa). Vê-se bem quanto se abstrai da vontade e do poder corporal.

Em sistema jurídico que abstrai do *animus* e do *corpus,* émais fácil explicar-se a transferência da posse mediata.

A ação de restituição, possessória, é real; a posse mediata, entrando no mundo jurídico, pelo ato de transmissão, qualquer que seja, gera pretensão real. Se existe, ou se não existe relação jurídica entre o possuidor mediato e o imediato, ou entre aquele e outro ou outros possuidores mediatos, isso não altera o regime da posse (cf. O. von Gierke, *Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes, 7,* nota 15; R. Thoma, *Die Bedeutung des Besitzwillens* im *Besitzrecht,* 71; W.

Relotius, *Die Ubertragung des mittelbaren Besitzes,* 8).

4. *Longa manu traditio.* Aqui, adquire-se a posse imediata, ou a posse mediata ou a plena posse, derivativamente. Há entrega corporal. Rigorosamente, as regras jurídicas sobre a *longa manutraditio* são apenas enunciados de fato, regras colhidas na vida diária: dizem elas que, às vezes, havendo a entrega, o que vai adquirir a posse a adquire com o simples fato de *poder* exercer o poder fático. A despeito do encontro de assentimentos, que desaparece na tradição simples (ato-fato jurídico), o ato não énegócio jurídico, — é ato juridico *stricto*

sensu. Assim, a aquisição da posse por simples *acordo* pode dar-se se o outorgado está em situação de exercer o seu poder fático sobre a coisa. Possui A a fazenda de criação em Mato Grosso e quer transmitir a posse a E, que é seu vizinho lá e tem meios para, indo pessoalmente, ou por telegrama, ou por outro meio de comunicação, dela tomar posse. Easta o acordo. Não é empecilho a isso estarem passageiramente suspensas as viagens.

Se o acordo é nulo, toda apreensão, que se seguir, é aquisição originária; se é anulável, a transmissão dá-se, pois que os dois requisitos estão satisfeitos: não ser nulo o acordo, e estar o adquirente em situação de exercer, se quer, o poder fático. O acordo não é, ai, negócio jurídico; é ato juridico stricto sensu. A discussão da doutrina alemã (pelo contrato, ou, pelo menos, negócio jurídico bilateral, e pela incidência dos arts. 8 1-85, E Kretzschmar, *Das Sachenrecht,* 16; G. Planck, *Kommentar,* 111, 40; Karl Rober, em J. ii. *Staudingers Kommentar,* 111, 21; cl.

Eiermann, *Sachenrecht,* 13s.; E Endemann, *Lehrbuch,* 11, *1,* 7ª- 8ª ed., 206; O. von Gierke, *Deutsches Privatrecht,* II, 255; C. Crome, *Spstem,* III, 40; E. Strohal, *Der .Sachbesitz,* 81; contra: L. Rosenberg, *Sachenrecht,* 33; R. Sohm, *Der Gegenstand,* 26; H. Kress, *Besitz und Recht,* 316) perde, no sistema jurídico brasileiro, parte do interesse, porque a espécie entra no art. 493, 1. 1) e 2* partes, e não no art. 493, III. Mas insistamos.

2A transmissão da posse pela tradição *longa manu* é negócio jurídico (contrato, ou acordo), ato jurídico *strícto sensu,* ou ato-fato jurídico? Noutros termos: ~qual a natureza da tradição *longa manu* (art. 520, II), tratando-se de posse? Pelo negócio jurídico (F. Kretzschmar *Das Sachenrecht,* 16; G. Planck, *Kommentar,* III, 4* ed., 40; cl.

Eiermann, .*Sachenrecht,* 13 s.; E Endemann, *Lehrbuch,* II, *1,* 8ª-9ª ed., 206; O. von Gierke, *Deutsches Privatrecht,* II, 255; Martin Wolff, *Lehrbuch,* 32; D. Stõver, Ist die Einigung em Rechtsgeschäft?, Archiu *fOr Borgerliches Recht,* 26, 186; O. Warneyer, *Kommentar,* II, 5). Pelo ato jurídico *stricto sensu,* A. von Tuhr *(Der Allgemeine TeU,* III, 284).

Pelo ato real, portanto, ato-fato jurídico (L. Rosenberg, *Sachenrecht,* 33; E. Eck, *Vortrãge,* 18; A. Manigk, *Willenserklârung,* 659 5.; E. Rohde, Studien im *Besitzrecht,* 15, 40; V. Bruns, *Besitzerwerb durch Interessenuertreter,* 92; P. Klein, Die *Rechtshandlungen,* 100; E. Zitelmann, Ubereignungsgeschãft, *Jherings JahrbCicher,* 70, 27; R.

Sohm, *Der* Gegenstand, 26; H. Kress, *Besitz und Recht,* 316). A tradição, segundo o art. 520, II, abrange a entrega-tomada e a entrega-tomada potencial. Ainda se se fala de constituto possessório (art. 494, IV), fala-se de tradição (P.

E. Girard, *Manuel de* Droit romain, 44 ed., 295). Bem assim, o que está em circunstâncias de poder exercer o poder fático, sem o possuidor de agora entregar a coisa, adquire por tradição, como aquele que já estava de posse da coisa como depositário, locatário, mandatário, usufrutuário, gestor de negócios, ou em qualquer outra situação de posse imediata, ou de servidor da posse. A *longo manu traditio* é tradição, como a *brevi manu traditio.*

5.

Sucessão na posse. A sucessão na posse com base nos arts. 520,11 e V, 495 e 1.572, é sucessão *jurídica,* e não só *fática* (Th. Kipp, em B. Windscheid, *Lehrbuch, l,* 9ª ed., 794; K. Hellwig, *Wesen und subjektiue Begrenzung der RechtskraJt,* 246 5.; L. Enneccerus, *Lehrbuch,* 1, 30∼-34ª e4, 336; Martin Wolff, *Lehrbuch,* III, 27ª-32ª ed., 31; A. von Tdhr, *Der Allgemeine Teil,* II, 49 s.; sem razão: J. Binder, *Rechtstellung des Erben,* 1, 47; R.

Sohm,

Der

Gegenstand, 26 S.; *E* Oertmann, Abtretung des Eigentumsanspruchs, *Archiu for die ciuilistische Praxis,* 113, 88; L.

Rosenberg, *Sachenrecht,* 36 s.).

Sem conhecer a obra de A. Brinz (1857) e antes da obra de E. Strohal (1885), Antônio Joaquim Ribas (Da *Posse,* ed. nova, 133; 1ª ed., 1883, 124) livrava-se, em parte, de E von Savigny, admitindo a transmissão da posse (a posse derivada) quanto aos efeitos. Faz lembrar a frase de E. Strohal, em 1885 (Succession *in den Besitz,* 49), ao explicar, quanto à sucessão, que por posse não entendia o suporte fático de posse (Besitztatbestand), mas "a situação jurídica resultante da existência dele", isto é, o *ius possessionis* (cf. também L. Pininski, *Der Tatbestand des Sachbesitzerwerbs,* 10 e 14; idem, Hermann Schmidt, *Der Begriff der Rechtsnachfolge,* 31).

No mundo fático, há sucessão da posse, e as teorias que tinham e têm a posse como *factum* não estão adstritas a excluir qualquer sucessão, que pudesse ser suporte fático de regras jurídicas a respeito da sucessão (já agora jurídica) da posse *(e.g.,* arts. 495, 496 e 1.572). No mundo jurídico, tudo depende do que o legislador preferiu construir: a posse sempre originária; ou a posse originária ou derivada. Não há solução a *priori,* se bem que fosse artificial deixar o sistema jurídico de atender a que, na vida, há o *factum* de transmissão da posse.

6. *Conteúdo do conceito de* brevis manus. O conceito de *breui manus* mudou, na dogmática de hoje; não se lhe queira apanhar o mesmo conteúdo que se lhe atribuía nos velhos juristas. E não só porque se transformou a teoria da posse.

Hoje, falamos de *brevi manu traditio,* o que mostra a transmissão e a *breuis manus* como espécie de tradição. Não se pode, em verdade, reduzir a *brevis manus* à transferência consensual da posse (e.g., Glúck, *Ausftihrliche Erläuterunq der Pandekten,* VIII, 102; A. E 1. Thibaut, *Uber Besitz und Verjãhrung,* 41). Em todo o caso, o exame dos textos algo nos esclarece. Na L. 9, § 5, D., *de adquirendo rerum dominio,* 41, 1, Gaio diz que às vezes basta para transferir a coisa a nua vontade do dono, ainda sem a entrega, como se te houver vendido a coisa que te comodei, ou te loquei, ou depositei em teu poder: porque, ainda que não ta entregara em virtude dessa causa, não obstante, por isso mesmo que sofro *(patíor)* que, pela causa da compra *(ex causa emption is),* contigo esteja, a faço tua. Gaio, em vez de pôr em relevo todo o suporte fático da transferência (detenção anterior pelo adquirente, negócio jurídico de transmissão), só apontou, com forte luz, o elemento consensual

Na L. 62, *pr.,* D., de *evictionibus et duplae stipulotione,* 21, 2, Celso repete que, vendendo eu, a ti, a coisa que estava contigo, se tem por entregue a coisa. (A referência à evicção foi interpolação, mas sublinha a *brevis manus.)* Note-se que se não faz referência à causa (comodato, depósito, locação): coisa *quae apud te esset, pra tradita habetur.*

Na L. 9, § 9, D., *de rebus creditis si certum petetur et de condictione,* 12, 1, Ulpiano figura a espécie em que E

tem moedas de A, em depósito, e E permite a A usá-las, podendo A, antes de serem usadas, reclamá-las.

Na L. 9, § 1, D., *de Publiciana in rem actione,* 6, 2, Ulpiano enuncia que, se alguém tiver comprado a coisa depositada em seu poder, ou a dada a si em comodato, ou em penhor, há de se considerar por entregue, se, após a compra, permaneceu em seu poder. Aí, Ulpiano alude a elemento temporal do suporte fático: *si post* emptionem *aput eum remansit.*

Na L. 3, § 20, D., *de adquirenda vel amittenda* possessione, 41, 2, é a vez de Paulo: se o que me deu em depósito ou em comodato alguma coisa ma vendeu ou doou, não se considerará que mude a causa da minha posse, eu, que certamente nem a possuía. (Então, não havia a pSsse imediata de tais pessoas.) Na L. 33, § 1, in *une,* D., *de usurpationibus et usucapionibus,* 41, 3, Juliano pôs o problema no terreno somente da posse: Em verdade, se o colono houver comprado fundo, falecido o dono, a quem ele acreditava fosse o herdeiro mesmo, ou o possuidor de seus bens, começa a po~ui-lo como comprador *(certe si colunus mortuo* domino *emerit fundum ab eo, qui existimabat* se *heredem ejus u,el* bonorum possessorem esse, *incipiet pra emptore possidere).*

Ou se havia de considerar que a tradição prescindia do *corpus,* ou se teria de considerar a transferência pela *nuda voluntas* na espécie excepcional. Na L. 51, D., de *adquirenda uel amittenda possessione,* 41, 2, Javoleno interpretou a Labeão como se sem *animo* se desse a tradição: *etiamsi corpore ... adprehensae non sunt, nihilo minus traditae videantur* Cp. L. 62, *pr.,* D., *de evictionibus et duplae stipulatione,* 21, 2, e L. 9, § 1, D., *de Publiciana in rem* actione, 6, 2. Donelo estudou-a, para apontar a *traditia ficta.* Por que ficção? Foi Kroschel (Zur Lehre vom *constitutum possessorium, Archiv fOr die ciuilistische Praxis,* 72, 257) quem usou o adjetivo próprio: "tradição poupada" *(ersparte Tradition),* porque poupa o ir e vir.

Na L. 15, *in une,* D., *de rebus creditis,* 12, 1, Ulpiano feriu o ponto: quando, a causa de mandato *(ex causa mandatO,* me devas dinheiro e se houver convencionado que o retenhas a titulo de crédito, entenda-se que o dinheiro se me deu a mim e que de mim passou a ti. Não há ficção, há poupança; e só a psicanalítica metafísica da Glosa poderia escrever: *Fictione iv ris mei sunt brevi manu facti.*

As fontes só empregaram a expressão *brevi manu* uma vez (L. 43, § 1, D., *de iure dotium,* 23, 3); a propósito de dote, sem se tratar de

tradição. Também aí J. Cujácio *(Opera,* VII, col. 651) viu ficção.

Em toda a preocupação de apontar ficção revela-se que se não atendia a que a forma exprime a atividade, o pensamento, a vontade; e a própria expressão *brevis rnanus* traduzia a economia do ir e vir. Assim, E. Brissonius *(Opus de verborum signijicatione,* 290) escreveu sobre a *breuis manus: ... quoties celeritate actionum coniungendarum unus actus occultatur...* O próprio Donelo *(Opera omnia, X,* col. 262) aludiu a *actionibus non necessariis praetermissis.*

Alguns autores invocaram a semelhança com a compensação (A. O. Krug, (iJber die rãmisch rechtliche Auffassung der *compensatio, Archiu for die ciuilistische Praxis,* 25, 214, A. v. Salpius, *Novation und Delegation,* 213

s., 474); porém nada mais fora de propósito.

A tradição da posse e a tradição para a transmissão da propriedade ambas podem ser *brevi manu.* A *brevis rnanus,* quanto à posse, é transmissiva, por si mesma; quanto à propriedade, depende do resto do suporte fático. Em ambas há o princípio, que já estava em Gaio, da abreviação do ato. No Código Civil alemão e no brasileiro, as duas teorias da posse, uma que abstrai do *onimus* e outra que abstrai do *animus* e do *corpus,* tiveram de influir. A *brevis manus* é exemplo de como há linha de evolução que vem da Península aos nossos dias, — sem se terem de receber os conceitos romanos com o conteúdo que correspondia à sua concepção da vida (Ernst Stettenheimer, *Uber den Grundsatz der* Brevis manus, 52). No sistema jurídico brasileiro, tanto se transmite com o corpus, como sem o corpus.

O que importa é o ato de disposição ou a lei que estabeleça a transmissão (art. 1.572). A vida está cheia de atos-fatos jurídicos para os quais tem poder a pessoa (e.g., o banco aceita a letra de câmbio para pagar a si mesmo, ou recebe a letra de câmbio endossada para se pagar ou pagar ao cliente, que tem conta corrente).

7. *Abstração* do corpus: *tradição* brevi manu. Na tradição brevi *manu,* o possuidor da coisa ou o servidor da posse deveria entregála ao proprietário, ou possuidor mediato, e depois recebê-la, como possuidor pleno.

No constituto possessório, a coisa teria de ser entregue ao adquirente, para que ele, por sua vez, a entregasse ao que era proprietário, ou possuidor, ou ppssuidor pleno, e agora passasse a ser possuidor imediato. A invenção de Celso e a tradição *brevi manu* secundarizaram o *corpus;* só o *inteilectus* se transformava conforme a *causa* nova. Pensou-se que a concepção moderna, assaz atenta à publicidade da posse, não permitiria essa subtilização do *corpus,* esse passe de mágica que eliminasse a ida-e-volta: nenhum sinal externo haveria da mudança~.Daí o problema: se a concepção moderna exige o poder fático, visível, jcomo se explicar que se hajam conservado a tradição *brevi* mamÃ e o constituto possessório? O direito comum por tal modo acentuara o papel da causa, na tradição *brevi manu* e no constituto possessório, que preparou a eliminação da exigência do *corpus,* ai, melhor a ida-e-volta (cf. J. Biermann, *Traditio ficta,* 371 s.): *causa traditionis* e *causa detentionis.* Assim, J. Biermann *(Traditio ficta,* 378) escrevia: "A seriedade da vontade de contrato somente poderia ser verificada pela mostra de relação jurídica, em virtude da qual, e por intermédio da qual, o atual proprietário deteve o objeto para o adquirente." As dificuldades de construção sugeriram que se pensasse em *(a)* paridade ou em *(b)* assimilação â espécie da aquisição pelo representante. No Código Civil, o art, 494, II, faz pensar-se em *(a).* No direito alemão, não bastaria a declaração unilateral abstrata de continuar de possuir, mudada a causa: se o doador disse que doava e retinha a coisa, faltou a causa de reter; nem houve doação, nem constituto possessório. No direito brasileiro, devido à abstração do corpus, que no direito alemão seria excepcional, o constituto possessório pode ser sem causa. Para tal, concorreram usos de país exportador, nos séculos passados e no presente, com a escrita dos trapiches e dos comissários; *e.g.,* invólucros nos cofres com o nome do fazendeiro, ou senhor de engenho; menção de títulos adquiridos para o fazendeiro, ou senhor de engenho, nos livros da casa exportadora, que fazia as vezes de banco. Tudo isso era o constituto possessório a serviço da vida agrícola exportadora. Sempre houve, da parte dos juristas teóricos, certa hostilidade ao constituto possessório, pelas ensanchas à fraude. Exagerou-se o papel da exterioridade na distinção entre a aparência e a realidade. O acordo é indispensável, *a)* Não bastam os dois negócios jurídicos: se A transfere a propriedade a B e firma o contrato de locação, entregando, porém, a coisa a não houve constituto possessório; e E tem, apenas, a obrigação de prestar a posse. *b)* Tampouco, é preciso que existam dois negócios jurídicos: se o negócio jurídico de transferência da propriedade privada entre A e E

é válido e nula a locação, mas houve o acordo e, decretada a nulidade da locação, A entregou a coisa a C, por ordem de B, ou a reteve, por

ter sido nomeado depositário, ou por direito de retenção por benfeitorias, constituto possessório houve. Na tradição *longa manu,* o poder fático transfere-se *in absen tia rei,* porém não há pensar-se em invocação do art. 493, parágrafo único.

Se o constituinte não tem posse, a cláusula *constituti* éineficaz. Nem o ter constituído prova a posse (Câmara Civil da Corte de Apelação de Minas Gerais, 23 de setembro de 1936, *AJ* 40/159; "... a cláusula *constituti* não prova, por si só, posse efetiva. O que prova plenamente a cláusula *constituti* é a transferência da posse, ainda que não esteja o titulo transcrito, mas não prova a própria posse, que, como é intuitivo, pode existir, ou deixar de existir na pessoa do alienante, por ocasião do ato transíativo" 1ª Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Rio de Janeiro, 3 de agosto de 1944, 73/164: "O constituto possessório é meio legal de aquisição e perda de posse; sua finalidade étransmitir, com dispensa do ato material da apreensão, a posse do vendedor para o comprador Tem a cláusula *constituti* a virtude de tornar perdida a posse do alienante em favor do comprador, que a adquire.").

No art. 493, 1 e II, de modo nenhum se exige o *animus,* a vontade. Se a coisa chega ao poder fático da pessoa, sem que ela o tenha querido, ou sem que o saiba, aquisição da posse há. Por isso, se o meu empregado, que encontrou objeto que eu desejaria ter, ou ele assim o entendia, o comprou e o trouxe consigo, ou combinou que se me expedisse, adquiriu para mim e por mim a posse, mais o domínio (cf. E. Strohal, Der Sachbesitz, *Jherings Jahrbúcher* 38, 66): a vontade de posse e a atividade volitiva são conceitos secundários para a teoria da aquisição da posse segundo o Código Civil (assim, Paul Sokolowski, *Die Philosophie im Priuatrecht,* II, 432, nota 451), sem que se haja de pensar em forma anexa (Nebenform) de posse, como H. Dernburg *(Das Borgerliche Recht,* III, 3ª ed., 59). Na análise da própria aquisição do domínio mobiliário, é precist não se confundir a transmissão da posse, que é a entrega-tomada, com a transmissão do domínio, que supõe vontade inserta no acordo de transmissão da propriedade mobiliária (cf. R.

Thoma, *Die Bedeutung des Besitzwillens,* 34, que admitia a eliminação do elemento volitivo, na transmissão do domínio, se há administrador automático, ou regular, e L. Raape, *Besitzerwerb oPine Besitzwillen,* 52 s., que mostrou existir esse elemento na transmissão — entenda-se no acordo de transmissão — da propriedade mobiliária).

O problema da incapacidade na aquisição da posse atormentou os juristas romanos. Respondiam que o pupilo podia adquirila se o seu desenvolvimento já lhe permitia visão clara do mundo. Os sistemas jurídicos mais avançados de hoje dispensam a capacidade negocial, porque a aquisição da posse, nos casos de apreensão da coisa, ou de exercício de direito, ou de uso da coisa (art. 493, 1 e II), é ato-fato jurídico. Os loucos, os surdos-mudos, que não podem exprimir a vontade, e os menores de dezesseis anos podem adquiri-la. Se a casa de campo, com os seus cavalos e as suas aves, está habitada pelo louco, esse a possui. A criança de tenra idade inclusive a de meses, possui os seus brinquedos (P. Sokolowski, *Die Philosophie im Privatrecht,* II, 298). E a casa que herdou do pai ou de outrem.

8.

O art. 493, parágrafo único, do Código Civil. O art. 493,111, refere-se à aquisição derivativa por negócio jurídico, se o acordo que nele se contém não é esteado pela circunstância de poder o outorgado assumir-lhe o exercício (= estar em situação de exercer o poder fático). Somente nessa hipótese, em que não há tradição simples, nem tradição *breu! manu,* nem tradição *longa manu,* nem constituto possessório, ê que o art. 493, parágrafo único incide. O Código Civil alude, no art. 493, iíi, à transferência da posse, por sucessão a causa de morte, ou sucessão entre vivos, fora da tradição, isto é, pela cessão de pretensão à entrega.

9.

Falha do acordo e aquisição da posse. Se se pensou em transferência da posse por acordo, ou negócio jurídico de direito das coisas (art. 493, 111), e a transferência não se operou em virtude dele, mas o outorgado assumiu ou exerceu o poder fático, não há posse derivativa, certamente; há, contudo, posse originária, pela *apprehens lo.* O

outorgante que não é possuidor não transmite posse, pois que não na tem; todavia, se o outorgado, por seu ato, toma posse da coisa, não há entrega-tomada, mas há tomada. Na L. 2, C., *de adquirenda et retinenda possessione,* 7, 32, diz-se: “Menos instruído está o que te argOiu não te teres metido na quase posse vaga do que, por procurador, compraste, pois tu mesmo propões que, faz tempo, estiveste em posse e tudo fizeste como se foras dono. Porque, ainda que por instrumento não se te haja entregue a posse, em verdade a conseguiste, se, ciente o

vendedor, estiveste na posses.

10. *Acordo de transferência.* Na jurisprudência, tem-se confundido o acordo de transmissão com os negócios jurídicos obrigacionais. Quem vende a coisa nem sempre transfere, desde logo, a Posse; pode bem ser que nunca a transfira. Nas escrituras públicas por vezes se diz "vende e transfere o domínio e a posse". Com isso se explica que desde logo se adimple a obrigação contratual. Se não houve o acordo sobre a transferência da posse, não se adquire a posse segundo o art. 493, III (não viu isso o Tribunal Superior de Justiça de Alagoas, a 6 de abril de 1934, *Ai* 31/179, que falou da venda e compra como transferência da posse). Se há o acordo de transferência, não se precisa corporalmente apreender a coisa: o Código Civil abstraiu do anirnus e do corpus (cf. Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 6 de março de 1931, *RT* 78/451: "... a transmissão da posse contratual, segundo R. von Jhering, opera-se pela simples declaração da vontade no ato transíativo, sem que haja necessidade de se realizar no imóvel inútil "passeio" para se simbolizar a tradição; aliás, a despeito da tese contrária de E von Savigny, entre nós esse "passeio" nunca foi levado a sério na prática diária, sempre se tendo entendido, ainda em plena vigência da doutrina subjetiva, que a tradição se operava pela simples transcrição do título" 2ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 20 de outubro de 1942:

"Éverdade que não consta ter o autor, após a aquisição, praticado atos possessórios. Isso, porém, não lhe altera a situação. Ele adquiriu a posse, como lhe permitia a lei, por escritura pública. Não precisava, para conservá-la, manter o contacto físico com a coisa. A intenção era bastante. R. von Jhering deixou essa questão definitivamente esclarecida.

A posse normalmente adquirida conserva-se pela simples vontade e só se perde por ato de outrem. Eu compro um terreno. Não me convém, kor enquanto, cultivá-lo. Não é oportuno construir. Nem, sequer, por não o exigirem as posturas municipais, em certos casos, o delimito com uma cerca. Conservo, todavia, a sua posse, salvo, e só desde esse instante, se alguém começa a praticar nele atos possessórios. E o caso dos autos. O autor, recebendo a posse de T. de C., conservou-a, independente de qualquer ato material, e só a perdeu quando o réu lhe vedou a prática de atos de proprietário. Contra o réu, tem, portanto, ele a ação possessória, sem que se entre na indagação para se saber a quem pertence o domínio.").

É de absoluta conveniência evitar-se qualquer elipse, ou impropriedade de linguagem, que faça pensar-se em que se transfere a posse pelo contrato de venda e compra, de troca, ou outro contrato consensual. O que transfere a posse em cumprimento do contrato é a tradição, ou o acordo de transferência da posse, inclusive o constituto possessório. A tradição é o caso mais simpIes, se bem que também ela se expectre em suas espécies mais nítidas. Tradição é ato-fato.

Constituto possessório, como outros modos, é negócio jurídico. Qualquer desses modos pode adimplir o contrato que está à base da transferência de posse. Porém o contrato mesmo pode não existir Pode existir a tradição, o acordo, inclusive o constituto possessório, sem o contrato consensual, ou real, respeito à propriedade. A própria posse mediata pode criar-se por se ter precisado, no plano econômico (mundo fático, a posse imediata de outrem, sem qualquer relação jurídica, que lhe fosse superestrutura (cf. H. Stemann, *Die Voraussetzungen des Besitzerwerbs,* 34 5.; E

Sprenger, *Das Wesen des Besitzes,* 26).

Antes de enviar a coisa, o vendedor a possui, sem que se haja operado cisão da posse, ou sem que se tenha tornado ele servidor da posse. Pode dar-se combinação entre a venda e compra para remessa a certo dia, ou *dies certus an incertus quando,* e o constituto possessório, mas já se trata de outro suporte tático. Até a remessa, o vendedor apenas se obrigou, se não intervém aquela espécie, ou outra semelhante, como a de ter ele de remeter, como obrigação à parte, mas transferindo desde já a posse pela cessão da pretensão à entrega, ou a de ficar como simples depositário enquanto não se pede a remessa (constituto de garantia ou de custódia, *Verwahrungskonstitut,* cf. J. Koh!er, Vertrag und Ubergabe, *Archiv fúr Bíirgerliches Recht,* 18, 17 s.)

§ 1.085. Cessão da pretensão à entrega (art. 493, III)

1. *Pretensão á entrega.* O Código Civil previu a cessão da pretensão à entrega, ou da pretensão e da ação, quanto à tradição para a transmissão da propriedade. Para a transmissão da posse, está inclusa no art. 493, III.

A cessão da pretensão à entrega é negócio jurídico *de direíto das coisas;* é ato de disposição, ainda quando a coisa se ache em posse de terceiro, porque o ceder a pretensão à entrega já o é (cf. R. Sohm, Die *Widerspruchsklage,* 103 s.). Sobre ela são de incidir as regras jurídicas sobre os negócios jurídicos, no que não se choquem com a natureza do negócio jurídico de direito das coisas, que tal cessão é. Ao sucessor singular é facultado unir a sua posse à do antecessor (art. 496, 2ª parte); mas, na cessão da pretensão à entrega, fica às objeções e exceções do possuidor contra o cedente.

Preocupou a alguns juristas saber-se qual a relação jurídica entre o possuidor mediato e o possuidor imediato de que possa resultar, por parte do possuidor mediato, a pretensão à restituição da coisa. É de notar-se, desde logo, que se adjetivaria indevidamente a relação. A relação entre eles não poderia ser jurídica; e não no é: é tática. Se existe posse imediata, sem que a tenha o dono da coisa, supõe-se haver, pelo menos, uma posse mediata, que é a do dono. Porém a relação derivada de limites táticos éfática, e não jurídica. O possuidor mediato tem poder tático que coexiste com o poder fático quç o possuidor imediato pode exercer. Se esse poder fático acaba ou vai acabar, por força da sua própria composição fática, o possuidor mediato tem a pretensão ou vai ter a pretensão à restituição da coisa. Se ainda não tem a pretensão, tem a necessidade de tutela ao lhe nascer o direito àrestituição de que emanará a pretensão. O possuidor mediato que transfere a sua posse antes de nascer a pretensão transfere o que tem, com a possibilidade de pedir tutela jurídica para a situação tática correspondente a que teria o titular de direito á restituição. Tal é a forma última de pensamento a que se chegou, através do que aprofundaram G. Planck *(Kommentar,* III, 83 s.), J. Biermann (35), 5.

Klein (Der *rnittelbare* Besitz, 66), e H. Hoos *(Besitzerwerb und Besitzerhaltung durch Stellvert reter,* 36 s.), se bem que não libertos da confusão entre posse e direito à posse, tanto mais quanto pode haver possuidores mediatos sem direito à restituição (e.g., o locatário que sublocou por todo o tempo). Não há dúvida que a relação entre a posse imediata e a mediata é tal que essa é meio para aquela, que é fim (E. Przibilla, *Erwerb und \Ierlust des mittelbaren Besitz,* 25; cf. E. Neuburger, *Eigenturnserwerb durch Anspruchsabtretunq,* 9); mas a relação é fática. Por isso mesmo, e não porque se haja de pensar em relação jurídica putativa, é que a posse mediata *e* a imediata podem existir, ou mais de uma posse mediata e a posse imediata podem existir, sem que valha o negócio jurídico (e.g., constituição de usufruto, uso, habitação, locação, comodato) que poderia cobrir a

relação fática (sem razão, contra a opinião que já prevaleceu, na ciência e na prática, H. Isay, Di *e Geschàftsfi)hrung,* 276; L. Bartels, Ausfúhrungen zur Besitzlehre, *Gruchots Beitrôge,* 42, 465 5.; Bendix, Besitzlehre nach dem BGB., *Das Recht,* IV, 48; cf. H. Hoos, *Besitzerwerh und Besitzerhaltung durch Steflvertreter,* 59).

2.

Cessão da pretensão à entrega não é cessão de crédito. A transmissão da posse pela transmissão da pretensão à entrega, se há possuidor imediato, ou mediato de grau inferior, é um dos modos de aquisição a que se refere o art.

493, III: rege o art. 493, parágrafo único. Não é preciso que se notifique o possuidor imediato, ou mediato de grau inferior (não se trata de cessão de crédito). Nem, *a Jortiori,* que seja notória a cessão, ou que o obrigado colabore.

Discute-se se é preciso que haja vontade de transmitir a posse. No caso de afirmativa (E. Strohai, *Der Sachbesitz,* 60, e V. Bruns, *Besitzerwerb durch Interessenvertreter,* 58 s.), pode haver cessão da pretensão à entrega da posse sem transmissão da posse, porque só se quis aquela; no caso de negativa, ceder a pretensão à entrega da posse é transmitir a posse (Martin Wolff, *Lehrbuch,* III, 27-32ª ed., 38). É de notar-se que a exigência de quererem-se a transmissão da posse e a cessão da pretensão à entrega exigiria negócio jurídico sobre a transmissão *mais* cessão da pretensão à entrega da posse. Seriam dois negócios jurídicos, em vez de um só. Na tradição para transmissão da propriedade é que é preciso existam o acordo de transmissão de propriedade e a cessão da pretensão à entrega; não, na transmissão da posse: transmitir a pretensão à entrega é transmitir a posse.

Se a cessão da pretensão à entrega não é válida, trata-se como os negócios jurídicos não-válidos e não gera transmissão da Posse. Foi a isso, como um dos “modos de aquisição em geral”, que se referiu o art. 493, parágrafo único: os arts. 81-85 incidem. Se à cessão vem a ser decretada a nulidade, ou a anulação, transmissão de posse não houve. Também opera a transmissão da posse a cessão da pretensão à entrega contra o servidor da posse (E. Eck, *Vortràge,* II, 19; E. 1. Bekker, Der Besitz beweglicher Sachen, *Jherings iahrbúcl-er,* 34, 60; contra, sem razão, J. Biermann, *Sachenrecht,* 55; E Kretzschmar, *Das Sachenrecht,* 41).

Se ao cedente da pretensão tocam duas ou mais pretensões à entrega contra o possuidos uma, duas ou mais possessórias e outra de reivindicação, entende-se que só cedeu aquela ou aquelas.

Se o que está de posse da coisa recusa reconhecer a posse mediata do cedente, Jransmite-se a posse imediata?

Não, respondem G. Planck *(Kommentar,* III, 4ª ed., 98), J. Biermann (So *chenrecht,* 55); contra, Karl Kober (em *J.* von *Staudirigers* Rom *mentar,* III, 69). Em todo caso, cumpre observar que alguns entendem que isso se daria, tratando-se de transmissão de propriedade (art. 621). Outros afirmam que a transmissão independe da atitude do possuidor imediato, ou do possuidor mediato de grau inferior, se existia a relação jurídica, ou se, pelo menos, pode ser satisfeita a pretensão à entrega, ou afir~iar-se, juridicamente (cf. V. Bruns, *Besitzerwerb durch Interessenvertreter,* 98 s.). O que não se pode exigir é que se explicite a vontade de alienar a posse se se alienou a pretensão à entrega da coisa.

Presume-se isso, por força do art. 621; portanto dispensa-se a prova. Sendo assim, o art. 621 é *ius dispositivum.*

Quanto a existir a pretensão à entrega, para que se possa ceder, resulta da concepção mesma da cessão: não se cede o nada; a cessão de direitos, ou pretensões, ou ações, que não existem, tem, apenas, o efeito da responsabilidade do cedente, porque não há, *ex hypothesi,* o que se pudesse ceder. Se o possuidor imediato, ou o possuidor mediato do grau inferior, reconhece a existência da pretensão, — ou a afirma, desde o passado, ou a cria, se ela antes, ao tempo da cessão, não existia, o que dá no mesmo, se o reconhecimento não é acompanhado de fixação de data. Se o é, há-se de entender que foi cedida a pretensão desde aí. Todavia, o não-reconhecimento, que não corresponde aos fatos, faz nascer a ação, com que a pretensão se defende. Dizer-se que, ai, a posse não se transmite, é cindir-se o todo (posse e pretensão), que, *ex hypothesi,* se transmitiram juntas. Se a pretensão à entrega existia, não importa a vontade posterior do devedor contrária à cessão. O seu ato turba ou esbulha posse.

3.

Estipulação a favor de terceiro. Por estipulação a favor de terceiro, pode o possuidor mediato assumir a obrigação de transmitir a terceiro a pretensão à entrega da coisa e, pois, a posse imediata. Não se há de

ver aí, desde logo, disposição da posse (E. Przibilla, *Erwerb und Verlust des mittelbaren Besitzes,* 49; sem razão, W. Kluckhohn, *Die Verfúgungen zugunsten Dritter,* 177 s.). Quanto à posse mediata, não se pode transmitir a favor de terceiro, posto que se possa criar (F. Kniep, Der *Besitz,* 141 s.). Não basta a assinação de dívida; somente com a aceitação transmitir-se-ia a posse (G. Plancl□, *Komrnentar,* III, 96).

A transmissão da posse mediata dá-se se ao transmitente não fica outra posse mediata de grau mais elevado (H.

Kress, *Besitz und Recht,* 211); o que é possível a tal possuidor mediato é criar, pelo constituto possessório, outra posse mediata.

Nos casos de constituição, ou de aquisição da pretensão àentrega, por intermédio de representante, também, por intermédio dele, se adquire a posse mediata. O locatário que, por seu representante, cedeu a pretensão à entrega pelo sublocatário, cedeu a posse mediata; e adquire tal posse o que aceitou a cessão, ainda que por seu representante. Nada obsta a que o representante seja o próprio sublocatário, ou o servidor da posse. Se alguém adquire, em nome de outrem, a propriedade, recebendo a posse imediata para si, não representa, aqui, o adquirente, porque é desse que recebeu a posse imediata: representando o adquirente, recebeu toda a posse; por força do contrato, ou de outro negócio jurídico, ficou com a posse, inclusive pode ter ficado com ela, representando o que adquiriu no contrato ou outro negócio jurídico, de que proveio a separação da posse em mediata e imediata (confusão em V.Bruns, *Besitzerwerb durch Interessenvertreter,* 89).

4. *Cessão da pretensão à entrega* e *estipula çâo a favor de terceiro.* Quem tem pretensão à entrega da coisa, ou por ser possuidor mediato e lhe dever a entrega o possuidor imediato, ou porque alguém contrariamente a direito lhe tirou a posse, pode ceder a outrem a pretensão à entrega. Também pode ocorrer o que Bártolo de Saxoferrato apontou com palavras expressivas: *Si constituo me tuo* nomine *possidere, constituo me tuuni colonum, et* sic colonus *meus, qui est tertius, pro te possidet, unde per eum et me* possidetis. Ai, há constituto possessório; hoje, pelo possuidor dono, que se faz possuidor mediato de ordem inferior àquele, sendo possuidor imediato o terceiro. Porém, se o possuidor dono tem pretensão à entrega da posse mediata, qualquer que seja a razão para ter de exercê-la, transfere, transferindo a pretensão, a posse mesma, desde que *exista* aquela

pretensão e possa exercê-la o outorgado, que recebe a inteira situação. E o que se dá sempre que o outorgante não tem interesse em ficar com qualquer posse, ou tença. A pretensão à restituição da posse que violenta, clandestina ou precariamente foi ofendida é, apenas, *pretensão* à entrega da posse, e não a posse mesma. O esbulhado não é possuidor; portanto, não transfere. Possuidor é o ladrão, contra quem pode ir a vítima do roubo ou do furto, ou de qualquer posse viciosa. A cessão da pretensão à entrega é um dos modos mais freqúentes de transferência da posse. Se A, que alugou móveis a B, os vende a C, transfere a posse mediata pela cessão da pretensão à restituição contra B, o locatário. Nenhuma questão de propriedade há aí; só de posse. Se não cabe a ação do art. 521 (a chamada vindicação da posse) e o locatário esbulhou a posse, ou alguém roubou a coisa, tem de ser cedida a pretensão à restituição da propriedade, o que é diferente. Para a cessão da pretensão à entrega da posse, como para a cessão da pretensão à entrega da propriedade, é preciso *acordo* dos figurantes, o cedente e o cessionário. A discussão em torno de poder ser a posse objeto de estipulação a favor de terceiro, o que alguns afirmam, sem descerem ao fundo da questão (e.g., F. Kniep, *Der Besitz,* 141 e 157 s., e A. Hellhoff, *Besitz- und Eigentunisúbergang irn Faile der Versendung* 13 e 18 s.), pode ser cortada cerce se dissermos que o terceiro só adquire a posse se, ocorrendo o que se prevê no art. 1.099 do Código Civil, exerce a pretensão e sucede na posse, ou se a pretensão lhe foi transferida, consentindo.

5. *Conteúdo do art. 493, III.* O conselheiro Joaquim da Costa Barradas *(Código Civil Brasileiro, Trabalhos,* 1, 431) aludia "aos atos legais estabelecidos para aquisição em geral". Portanto: aos atos pelos quais se adquire a posse dos imóveis, inclusive a imissão e os atos pelos quais se adquire a posse dos móveis, entre os quais está a cessão da pretensão à entrega (art. 621). Só a esses atos se há de referir o parágrafo único do art. 493 (arts. 81-85). Quem adquire a posse conforme o art. 493, 1, 1ª e 2ª partes, e li, não pode ser atacado por incapacidade relativa, por dolo, erro, ou outro vício. Nem o que a transmitiu (art. 520, 11). Se simples a tradição, nenhuma incapacidade atinge o ato-fato jurídico.

§ 1.086. Forma do acordo de transmissão

1. *Aformalidade.* Todos os acordos de transmissão de posse (entrega-

tomada simples, tradição *brevi manu,* tradição *longa rnanu,* constituto possessório) são *aformais,* salvo lei especial. Se não há regra de lei especial, não há cogitar-se de nulidade do acordo de transmissão da propriedade imobiliária por infração de forma. Se há lei especial, há nulidade do acordo, se foi infringida.

2. *Lex specialis.* Se a lex *specialis* sobre forma foi infringida e a sanção é a de nulidade, a transmissão da posse não se opera. Éesse um dos casos em que surge a divergência entre a concatenação dos fatos e as suas conseqüências, por ter o sistema jurídico intervindo.

§ 1.087. Incapacidade e posse

1. *Absolutamente incapaz.* Se o absolutamente incapaz recebe de alguém uma coisa, de presente, ou não, não se torna proprietário dela, *mas adquire a posse.* Toda distinção, aí, entre detenção fisica e posse seria fora de propósito, tanto mais quanto, no mundo fático, aquela é apenas uma das espécies de posse. Procurou-se exigir a capacidade pelo menos restrita, mas tal solução não somente é condenada pela ciência como também sem apoio em textos. A aquisição da posse, fundada no art. 493,1, por tomada simples, é ato-fato jurídico; se se trata de tradição *brevi manu,* ou de tradição longa *manu, (aliter,* de constituto possessório), há acordo mais circunstância fática, donde o ato jurídico *stricto sensu,* e não negócio jurídico. Tem-se de inquirir se aqui incidem os arts. 81-85, ou se somente o acordo inexistente, ou nulo, torna insuficiente o suporte fático. Se se dissesse que esses acordos são negócios jurídicos, estaria dada a resposta: os arts. 81-85 incidiriam, todos. Não assim tão prestamente se pode responden se se diz que são atos juridicos *stricto sensu.*

A constituição e a transmissão da posse pela entrega-tomada simples tem a ligar os dois elementos “entrega” e

“tomada” o *tradere;* dois atos, juntos, perfazem a transmissão. O ato entra no mundo jurídico como ato-fato jurídico.

Vale dizer: não se inquiriu das vontades, porque o que mais importa é o mão-a-mão, o toma-lá-dá-cá. O elemento fático passa a ser o que cobre toda a tradição, posto que a transmissão não se reduza a dois

atos (abandono da posse e ocupação). Menos ainda à perda fática e àocupação, o que teria feito da transmissão mão-a-mão fato jurídico puro, e não ato-fato jurídico.

2. *Tradição* brevi manu. A coisa já está com o adquirente da posse antes mesmo da aquisição. É preciso o acordo para que se qualifique o poder fático como próprio, com a mudança do sujeito. Esse acordo tem entrada no mundo juridico como duas manifestações de vontade, mas vêm elas do mundo fático, onde a seleção é no plano da existência. Se uma delas não existe, não há acordo. Se entra no mundo jurídico como ato jurídico *stricto sensu,* tem-se de inquirir se algo obsta a que produza efeitos. O louco e o surdo-mudo, absolutamente incapazes, não podem acordar; os relativamente incapazes podem, tanto mais quanto, tratando-se de bens móveis, a anulação do negócio juridico hásico não atingiria a aquisição da propriedade (art. 622, parágrafo único); *a fortiori,* pois, a aquisição da posse. Se só se trata de anulação do negócio jurídico hásico, a sentença na ação de anulação somente desconstitui o negócio jurídico e condena à restituição ao estado anterior, se possível, ou a indenizar (art. 158). A posse transferiu-se; tem de ser *pedida,* com a propriedade.

3. *Tradição* longa manu. Quando se diz que o acordo basta para se transmitir a posse, se o outorgado está em situação de exercer o poder fático sobre a coisa, apenas se enuncia, com isso, sem rigor científico, que o suporte fático composto do acordo e da exercitabilidade do poder fático pelo outorgado é *suficiente* átransmissão. O acordo é ato; ato, também, o da entrega-tomada, na tradição simples, como ato é a aquisição originária. Na transmissão pela entrega-tomada simples, há atos, mas é tão insignificante o papel deles que somente quando o adquirente não toma a posse pelo exercício, quer dizer "que se veja", é que as leis ou as doutrinas se têm de abalançar a formular a regra jurídica "Basta o acordo se o outorgado pode exercer o poder fático". Põe-se em relevo, ai, o acordo, porque baixou de nível, de visibilidade, o fato da tomada da posse. Então (e foi V. Bruns, *Besitzerwerb durch Interessenuertreter,* 91, quem melhor o salientou), o elemento corporal — apagado, quase imperceptível — passa ao segundo plano e o elemento acordo vem à frente; razão por que se diz que basta a *possibilidade* de se exercer o poder fático sobre a coisa.

Contudo, não se pode exagerar o papel do acordo até completa negocialização do ato. Esse acordo não é mais nem menos do que

aquele que há na tradição *brevi manu* (não no constituto possessório). "O acordo do § 854, alínea 2ª", escreveu V. Bruns (92), "é o mesmo acordo de vontades que toda transmissão de posse pressupõe". Não se lhe exige capacidade do lado do adquirente (sem razão, Martin Wolff, *Lehrbuch,* III, 32, que V. Bruns criticou com toda a procedência em seus argumentos; certo, A. Manig, *Anwendungsgebiet,* 204 5.; *Willenserklãrung,* 691 5.); nem do alienante. Se a transmissão da posse pela tradição *longa manu* foi para a transmissão da propriedade, a incapacidade absoluta éóbice a essa (art. 622, parágrafo único) e àquela; idem, se se trata de execução por tradição *longa manu* de obrigação oriunda de algum negócio jurídico nulo por essa razão, se a incapacidade absoluta perdurou. A incapacidade relativa não é óbice à transmissão da própria propriedade, nem à da posse, pela tradição *longa* manu. Se o negócio jurídico hásico foi anulado, por incapacidade relativa do transmitente, houve transmissão da posse, que, com a ação, se pede que volte (pretensão à entrega) segundo o art. 158.

Assim, quanto à tradição *longa rnanu,* nem sempre foram coerentes os juristas que sustentavam não se tratar de contrato, ou, sequer, de negócio jurídico *(e.g.,* Willensausfúhungshandlung, R. Sohm, Der *Gegenstand,* 27; W. Pabst, *Die Rechtsnatur der* Einigung, 127: *Willensbetàtigung;* ato jurídico *stricto sensu,* A. Manigk, *Willenserklàrung,* 660

s.), porque admitiram que se invocassem os princípios gerais sobre atos jurídicos (arts. 81-85); enquanto outros, que a reputavam negócio jurídico, quiseram selecionar as regras jurídicas que haviam de incidir. Ora, a tradição *longa manu* é ato jurídico *stricto sensu,* que, portanto, apenas fica dependente de não-ser nulo, por incapacidade absoluta, ou falta de forma, ou por ilicitude. Tudo mais se desenrola como a respeito da tradição *brevi* manu.

4. *Constituto possessório.* Quanto ao constituto possessório, a transmissão da posse mediata é em virtude de ato jurídico negocial, que se rege por seus princípios; se a transmissão da posse se operou, porque o constituinte acordou com, o constitutário em que a tradição se fazia, a despeito da permanência, com ele, da coisa, a nulidade ou anulação do segundo ato jurídico, não gerador da posse imediata, mas aludido como hásico para atuar como conservador da posse direta, não afeta o acordo de transmissão da posse mediata, nem, pois, a qualificação da posse como imediata: a pretensão à entrega surgiu, e a posse imediata, sem base negocial, lá está. (A nulidade ou anulação do

negócio jurídico hásico da transmissão da propriedade também não afeta o acordo; apenas tem o alienante a pretensão à entrega. O

acordo mesmo, esse, se não foi concebido inseparavelmente do negócio jurídico hásico, somente é suscetível de nulidade por falta de forma ou ilicitude, e não por anulabilidade.)

5. *Cessão de pretensão á entrega.* Tratando-se de cessão de pretensão à entrega da posse, os arts. 145, 146, 147, II, 158

e 81-113 são invocáveis.

6. *Incidência do art. 493, parágrafo único.* Quando a lei reconhece que a transferência da posse pode dar-se pelo negócio jurídico, são de incidir os arts. 81-85 (art. 493, 111, e parágrafo único); mas, se o poder fático surgiu ao adquirente, a inexistência, ou nulidade, ou anulabilidade do acordo não exclui a posse, que assim se estabeleceu: será posse originária, e não derivada; não se poderá invocar o acordo inexistente, nulo, ou anulado (P. Sokolowski, *Die Philosophie im Privatrecht,* II, 306 s.). Exigem-se capacidade e ausência de vícios. Quanto à forma especial, ainda para os imóveis, não é de exigir-se. Ainda que o registro não valha, ou não se tenha feito, a posse, que se obteve, continua, até que se restitua. A publicidade da posse resulta do poder fático, que independe de formas, conceito jurídico. E o que se passa se o transferente quer evitar o pagamento do imposto de transmissão da propriedade, ou tem toda a confiança no comprador, ou recebeu todo o preço e o adquirente se satisfez com a posse. Tal posse tem todos os efeitos de fato jurídico *stricto sensu,* que ela é, inclusive os de defesa contra o proprietário ou vendedor. O adquirente não pode alienar a propriedade, pois não na tem; pode alienar a posse e transferir a outrem os direitos, pretensões e ações, transferíveis, que tenha contra o proprietário ou vendedor (sem razão, E. 1. Bekker, Zur Reform des Besitzrechts, *Jahrbúcher* fOr *die Dogrnatik,* 30, 312 s. e 327 s., que dava ao possuidor, com a noção da *Gewere,* poder de disposição; certo, E. Strohal, Zum Besitzrecht, *Jahrbàcher* fOr *die Dogi-natik,* 29, 69).

§ 1.088. A não-validade dos acordos e os vícios

1. *Viciosidade.* Na aquisição da posse, pode ocorrer a *viciosidade*

daquela e, pois, dessa, razão por que o art. 489

enunciou: “E justa a posse que não for violenta, clandestina, ou precária.” E no art. 490, acrescentou-se: “E de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que lhe impede a aquisição da coisa, ou do direito possuído.” Não se discute a existência da posse; tem-se em consideração a qualidade da posse *quoad vitiositatem possession is.* Dessas circunstâncias, qualificativas, emanam efeitos, que de modo nenhum se hão de confundir com os efeitos do vicio de vontade, que causa anulabilidade dos atos jurídicos, principalmente dos negócios jurídicos. O ato-fato jurídico da aquisição da posse pode ser *vicioso;* e atos-fatos jurídicos não são suscetíveis de anulação. A posse violenta é viciosa, não porque a vontade do possuidor anterior, que devia estar intacta, tenha sido viciada pela coação, e sim porque se proibe a prática da força (princípio *da conservação do Jático,* cf. P. J. Aravantinos, Die Anfechtbarkeit der Besitzúbertragung, *Jherings iahrbúcher,* 48, 110 s.). Pressupõe-se que alguém tenha a posse e outrem comece de possuir ou por violência, ou clandestina, ou precariamente. Nem sempre há culpa, ou dano, ato ilícito absoluto, ou relativo, na aquisição da posse viciosa, ou no tornar-se ela viciosa; e casos há em que há restituição ou a cessação da turbação, com ou sem a reparação de danos, embora não se estabeleça ter havido culpa; razão por que foi erro dizer L.

5. Cretschm.r (Das *Borgerliche Recht,* 1, 283) que os arts. 159 e 160 (Código Civil alemão, §§ 823 s.) incidem. Nem sempre é ato ilícito a infração do principio da conservação do fático. Bastaria isso para se ver que o termo “vício”, referindo-se a negócios jurídicos ou a quase todos os atos jurídicos *stnicto sensu,* e o termo “vício”, referindo-se à posse, não têm o mesmo conteúdo. Certamente, se a posse resultade direito à posse, como o do proprietário, cuja pretensão à entrega não prescreveu, ou o do locatário, comodatário, usufrutuário, usuário, ou semelhante possuidor imediato, a nulidade ou anulação do negócio jurídico, de que proveio, atinge a tutela da posse, de modo que quem a tem, *perdendo-a,* não mais pode invocar aquela tutela. Seria erro, porém, falar-se, então, de nulidade, ou de anulação da posse: não há posse nula, nem anulável; posse é poder fático.

im Sachenrecht, *Archiv fúr Btirgerliches Recht,* 26, 167; E. Strohal, Der Sachbesitz, *Jherings Jahrbúcher,* 38, 58 5.; cp. R 3. Aravantinos, Die Anfechtbarkeit der Besitzúbertragung, *Jherings JahrbOcher,* 48, 16; contra: E Kniep, Der Besitz, 179 S.; W. Pabst, *Die Rechtsnatur der Einigung,* 124 s.), a discussão poderia ter campo para se desenvolver; porém, desde que assentamos que a tradição simples é ato-fato jurídico, corta-se pela raiz a questão.

3. *Tradição* brevi manu. Quanto à tradição *brevi manu,* o acordo, nulo, não transmitiria a posse; se o pretenso adquirente, por transmissão, exerceu o poder fático contra a *causa* da sua posse (Nemo causam possessionis ipse sibi mutare potest), violou o princípio da conservação do fático. Resta saber se o acordo de vontade viciada transmitiria a posse mediata, e a resposta não pode ser *a* priori:

depende de se saber se ao acordo mesmo se contagia o vicio do negócio jurídico que estabelece a posse mediata.

Ainda ai, vai-se buscar a posse mediata, porque falta a causa para ela. Verdade éque se está, então, a descer ao plano da execução das sentenças.

4. *Tradição* longa manu. Quanto à tradição *longa* mano, o acordo retira o obstáculo ao poder fático, que, se o obstáculo não existisse, teria sido exercível pelo adquirente. Se esse acordo está ligado a negócio jurídico é outra questão, e a decisão sobre esse pode dar ensejo à reentrega da posse.

5. *Constituto possessório.* Quanto ao constituto possessório, o negócio jurídico, que exista, entre os figurantes, há de valer para que possa perdurar a posse constituída, mas a não-validade não éóbice, se o acordo de constituição vale.

§ 1.089. Aquisição da posse *per sub jectam personam*

2.

Tradição simples. Se, na tradição simples, não se explicita e quase se não percebe *Besitzerwerb durch Interessenvert reter,* 73 s.; vemos acordo, que (assim, V. Bruns, D. Stõver, Einigung 1. *Subiecta persona.* No direito romano, a posse podia ser adquirida pela subi *ecta persono.* De regra, era preciso haver o *tinimos, a affectio tenendi,* do chefe de família *(Ignoranti* possessio *non adquiritur,* adágio em que ignorantia está por „sem a vontade", ao passo que no outro, *Etiam ignorantibus nobis possessio adquiritur,* ignorância é falta de conhecimento da aquisição da coisa que se quer adquirir; sem razão S. Schlossmann, *Der* Besitzerwerb *durch Dritte,* 130-134, que o lia como se contra-dissesse o outro, isto é, como se dispensasse a vontade).

2.

Espécies. (a) O principio *Ignornnti* possessi o non *adquiritur* sofria exceção é certo, no tocante à aquisição da posse *ex pecu Iii causa* ou *peculiari* nomine (L. 1, § 5, L. 3, § 12, L. 4, § 24, L. 34, § 1, e L. 44, § 1, D., *de adquirenda vel amittenda* possessione, 41, 2; L. 31, § 3, e L. 47, D., *de usurpationibus* et *usucapionibus,* 41, 3). *Animus,* mens e cogitatio eram o mesmo nos juristas romanos (conhecer = querer), cf. E. Meischeider *(Besitz und Besitzschutz,* 227 s.), K. Búchel *(Uber die Natur des Besitzes,* 10), J. G. Kierulff *(Theorie,* 373), e G. Lenz *(Das Recht des Besitzes,* 116 5.); contra, sem convencer, L. Pininski *(Der Tatbestand des Sachbesitzerwerbs,* II, 180 s.). Na mesma situação que o *servus peculiaris,* odservo da herança (L. 16, D., *de obligationibus et actionibus,* 44, 7, e L. 29, D., *de* captiuis, 49, 15), pois não adquiria só *peculil nornine* (sem razão, Th. Schirmer, *Handbuch,* 1, 15; A. Kãppen, *System,* 226, nota 48; certo R. von Holzschuher, Theorie *und Casuistik,* 11, 3ª ed., 628; aliás, basta lerem-se com atenção a L. 33, § 2, D., *de adquirendo reruni domínio,* 41, 1, a L. 44, § 3, D., *de usurpationibus et usucapionibus,* 41, 3, e a L. 9, § 6, e a L. 10, D. *de Publiciana in rem actione,* 6, 2). LPor que se abria exceção ao princípio? Paulo deu duas explicações: *a)* quem concedeu pecúlio manifestou vontade geral de adquirir, o que elimina a exceção ao principio *Ignoranti* possessio non *adquiritur,* mas deixava sem esclarecimento do duplo sentido de *ignorans* (= o *pater famílias ignorans* adquiria, porque não ignorava) e as espécies em que o pecúlio não proviesse dele, ou fosse ele *infans* ou *furiosus,* o que reduziria a nada a explicação inserta na L. 1, § 5, e na L. 32, § 2, D., *de adquirenda vel arnittenda possessione,* 41, 2; *b)* o *pater famílias ignarans* adquire *peculiariter,* porque a subiecta *persona* faz as vezes do pai ou senhor no *animus* e no *corpus,* o que surpreende, pois faria as vezes dele nas outras espécies, e não só na aquisição *peculiariter* (cf. L. 3, §

12, D., de *adquirenda vel amnittenda possessione,* 41, 2). Por onde se vê que Paulo esteve bem longe daquele de quem foi *accessor,* o enorme Papiniano, *juris asylum et doctrinae legalis thesaurus.* Na L. 44, § 1, D., *de adquirenda vel anjíttenda possessione,* 41, 2, Papiniano dá-nos a explicação da aquisição *peculfi nomnine,* sem a ciência do chefe de família: razão de utilidade prática, — não ter o chefe de família de inquirir, constantemente, das espécies (coisas) e causas do pecúlio. Seria falsa a explicação, se víssemos nela razão filosófica de que a *rep mesentação,* 7r~oaíQEatç, a imagem, que tinha o chefe de família, era a do patrimônio especial, do *peculium,* e pois o *animus* de cada coisa não seria de se lhe exigir (R Sokolowski, *Die Philosophie im Priuatrecht,*

li, 159). A exceção seria aparente; pois o chefe de família, ou senhor, se representaria toda a massa peculiar e só ignoraria *species* e causas. Que a exceção não era só aparente (= a ignorância só se referia às coisas de per si, e não à massa) e, em consequência, a solução se afastava do princípio *Ignoranti possessio non adquiritur,* provam-no: as pessoas desprovidas de vontade *(infans, furiosus),* que também não podiam ter aquela representação global, podiam adquirir *ex causa pecu lii,* por inter médio de *subi ecta persona* (L. 1, § 5, e 32, § 2, D., *de adquirenda vel amittenda possessione,* 41, 2; L. 9, § 6, D., *de Publiciana in rem actione, 6,* 2; L. 29, D., *de captivis,* 49, 15). Na antiga jurisprudência romana, possuia-se *per subiectam personarn,* porque se possuía a própria *subiecta persona.* Tratava-se de instrumento. A respeito dos filhos, assim era, ao tempo de Gaio (II, 90), que só levantou a questão quanto a pessoas in *rnanu mnancipioue,* e ao tempo de Justiniano restava a *rei uindica tio* do filho (L. 1, § 2, D., *de rei vindicatione, 6,* 1), posto que já se não exigisse a posse do filho para a aquisição da posse das coisas por intermédio do filho. Tudo faz crer que o pressuposto de posse do inter mediário, *subiecta persona,* já se apagava ao tempo de Gaio. Aliás, a questão, que ele pusera a propósito das pessoas in *manu* mancípbove, não mais se poderia pôr sob Justiniano: a *manus* havia desaparecido no século IV.

No que concernia ao *servus,* a principio não se admitia que o escravo em fuga ainda adquirisse para o senhor (assim, Nerva, filho, L. 1, § 14, D., *de adquirenda vel arnittenda possessione,* 41, 2); atê que os jurisconsultos entenderam que só não a adquiria se outrem dele tomasse posse, ou ele se cresse livre e vivesse em liberdade (L. 12, §

3, D., *de* usu *fructu,* 7,1; L. 25, § 2, D., de *libero Ii* causa, 40, 12; L. 1, § 14, L. 13, *pr.,* L. 15 *e* L. 50, §1, D., de *usurpotionibus et usucapionibus,* 41, 3). Aliás, o não se ter por possuído o escravo, enquanto ele se pretendia livre, intentando a *proclarnatio* in *liberta tem* (L. 24, pr., D., *de IibernIi causa,* 40, 12), não impedia que por ele o senhor adquirisse a posse (L. 25, § 2), o que explicamos, diante da L. 3, § 10, in Jine, D., de *adquirendcz* vel *oniittenda possessione,* 41, 2, como aquisição, se continuasse a posse do senhor até o julgamento *(aliter,* se se cria livre e estava fora da posse do senhor).

Se o escravo pertencia a dois ou mais senhores, possuido por todos eles, a posse adquirida por esse seruus communis era adquirida, indivisarnente, pelos proprietários, em proporção (pro *pcirtibus* indívisís), salvo se esse exercera a atividade só a favor de um deles (L. 1, § *7,* D., *de ad~uirenda vel* cmittenda possessione, 41, 2; L. 5, D., *de*

stipulatione seruorum, 45, 3). Note~se o papel do *fntellectus* do escravo, à semelhança do que ocorria com o intermediário livre.

(b) Na hereditas *iacens,* o *servus hereditarius* adquiria, *peculioriter,* para a herança, — direito ~bgu1ar (L. 1, § 5, D., *de adquf renda vel arnittenda* possessione, 41, 2; L. 44, § 3, D., *de* usurpationibus *eL* usucapionibus, 41, 3, na qual Papiniano reconheceu o ius *singulare,* posto que, na L. 45, § 1, o excluisse quanto à usucapião; sem razão, G. Cornil, *Traité de Ia Possession,* 178, vê contradição inexplicável em Papiniano, sem atender a que na L. 45, § 1, a posse é apenas um dos elementos do suporte fático da usucapião e faltaria o elemento de se crer dono da coisa o senhor do escravo).

O que possuia de boa-fé o escravo podia adquirir, por esse, a posse; mas a sua posse teria de ser *ad* usucapionern (ed. Gaio, II, § 93).

§ 1.090. Aquisição da posse pelo representante ou pelo procurador (art. 494, II) 1. Representação. Os tratadistas do direito romano e os tratadistas do direito comum versaram, com minúcias, o problema da aquisição da posse pelo representante. Bem pareos, a respeito, os Códigos Civis. No Código Civil brasileiro, o art. 494 estatuiu: "A posse pode ser adquirida: 1 - Pela própria pessoa que a pretende. II - Por seu representante, ou procurador. III - Por terceiro sem mandato, dependendo de ratificação. IV - Pelo constituto possessório." A aquisição pela apreensão, ou pela tradição, ou pelo exercício do direito, é ato-fato juridico, ou ato juridico stricto senstÃ, conforme já mostramos. Somente incide o art. 493, parágrafo único, em se tratando de espécie do art.

493, III. A posse adquirida pelo representante ou procurador só se refere o mc. II do art. 494.

(a) No direito romano, não só a subiecto *persono* como também a *persona libera et extranea* podia ser detentor *alieno* nomine, exercendo a posse do *dominus* possessionis. Quanto *à* aquisição da posse, ou a) o intermediário adquiria a posse e a transmitia àquele para quem adquirira, ou *b)* servia apenas de árgão, ou *c)* de *procurotor,* por ser aquele mesmo que adquiria. Os membros da familia adquiriam a posse pelo chefe (Gaio, *Institutiones,* II, 87). Quanto à *extronea persona,* só no fim do século II após Cristo foi admitida a espécie *c).* Javoleno, depois do ano 100, ainda não entendia possivel que se adquirisse a posse por pessoa que não estivesse no poder do adquirente. Na L. 23, § 2, D., *de adquirendcz vel amittenda* possessione, 41, 2, Javoleno disse: "Também pergunto se, tendo detido a homem livre, de jeito que o possua, por ele possuirei tudo que ele possua. Respondeu:

se tivesses detido a homem livre, não julgo que o possuas: sendo assim, muito menos serão possuidas por *ti* as coisas dele: porque a natureza das coisas não admite que possamos possuir alguma coisa por intermédio de quem civilmente não tenho *(habeo?)* em meu poder." A parte final revela que, ao tempo de Javoleno, não se podia adquirir posse por *extranea persona.* A despeito da incorreção gramatical (possimus, *non habeo),* não se trata de interpolação (O.

Gradenwitz, *Interpollationen,* 36 s.); e ressalta que o argumento pertence a época anterior àquela a que no começo se disse pertencer. Entendia E von Savigny *(Das Recht des Besitzes,* 218 s. e 305 s.) que Javoleno e o próprio Labeão já conheciam a aquisição da posse pela *persona libero et extranea,* citando a L. 51, onde está, tirado de

das Póstumas de Labeão: "Labeão disse que de algumas coisas adquirimos a posse com o animus: por exemplo, se tiver comprado montão de lenha, e o vendedor me houver ordenado de a levar; desde que lhe pus guarda, tem-se como entregue a mim. O mesmo direito (se há de observar) se foi vendido vinho, quando estão juntas todas as ânforas de vinho. Mas vejamos, inquire, se essa mesma não é tradição corporal, pois nada importa que a custódia me seja entregue, ou a quem ordenei. Opino que, nisso, a questão consiste em que, ainda que não se haja tomado o montão, ou (não se hajam tomado) as ânforas, corporalmente, se considere que, apesar disso, foram entregues: não vejo que haja diferença alguma em que eu mesmo custodie o montão, ou outrem por mandato meu: porque num e noutro caso se há de estimar que há posse com ceda espécie de onimus." É fácil compreender que E von Savigny tirasse a ilação de já conhecerem Labeão e Javoleno a aquisição da posse pelo representante ou procurador De mandato fala-se no texto.

Não se trata de aquisição, mas de exercício da posse por meio de guarda, o que não se discute pudesse existir em todos os tempos do direito romano; a posse, essa, é adquirida pelo comprador, *anirni quodam genere* (contt"a E von Savigny, R. von Jhering, Der *Besitzwille,* 294 s.): pôr em custódia é, aí, ato de aquisição de posse, simultâneo a exercê-la. Nerácio, na L. 41, D., *de usurpationibus et usucopionibus,* 41, 3, disse que já estava assente que adquirimos a posse por procurador *(quam vis* per *procuratorern* possessionem apisci nos *iam fere conveniat);* mas, ao tempo de Gaio (11, 95, *in* Me), que escreveu as *Institutiones* no ano 161, ainda se discutia isso, posto que mais de meio século após Nerácio, que foi *Proefectus* aerariis *Saturni,* provavelmente em 98 (cf. Paul Krúger, Geschichte *der Quellen,* 2ª

ed., 187). Na L. 11, § 6, D., *de pigneraticia actione,* 13, 7, Ulpiano atribuiu a Sétimo Severo o poder-se adquirir a posse por pessoa livre (cf. § 5,1, *per quas personas nobis adquiritur,* 2, 9). A Constituição de Sétimo Severo (L. 1, C., *de adquirenda et retinenda possessiane,* 7, 32) foi do ano 196; mas já se tratava de referência a solução admitida de muito: *tarn* ratione *utilitatis quarn iuris pridem recepturn est* (tanto pela razão de utilidade quanto de direito admitido é desde algum tempo). O *pridem* não ia, como vimos, muito longe no passado. Primeiro, admitiu-se que a posse fosse adquirida por intermédio do *procurator,* o que foi a ligação entre a época em que a aquisição somente podia ser pela pessoa sob *potestas* e a época em que qualquer *persona libera et extraneo* poderia ser o intermediário.

(b) O adágio *Etiarn iqnorantibus nobis possessio adquiritur* de modo nenhum contradiz ou excetua o princípio *Ignoranti possessio* non *adquiritur,* pois a posse só se adquiria *ignorantibus* se o ignorans exprimira vontade global de adquirir e então seria contra a vontade in *casu,* ou com ela.

2. Código *Civil, art.* 494, *II.* No Código Civil, o possuidor imediato só representa o possuidor mediato até onde a relação de representação resulta da causa, inclusive na aquisição da posse mediata. Assim, o titular do pátrio poder adquire a posse do que comprou com os recursos do menor; bem assim o curador e o tutor, com os recursos de curatelado ou do tutelado. Também o locatário, quanto ao que passa a ser parte integrante ou pertença da coisa locada, ao passo que o comissário só excepcionalmente adquire a posse para o comitente (A. Langen, *Eigentums-Erwerb und Verlust bei Kommissionsgeschàften,* 45 e 96 s.). As manifestações ou declarações de vontade feitas a terceiros não importam; o que importa é a causa entre o possuidor e o mediato. O comissário, ordinariamente, adquire a posse para si; salvo se o seu dever era de adquirir, desde logo, para o comitente. Se há causa para isso, o encarregado de cobranças pode, com o dinheiro recebido, adquirir coisas para si. Quanto ao procurador, o art. 494, II, não deve ser lido como se o procurador adquirisse, *sempre,* para o procurado, a posse. Apenas lá se diz que a posse "pode" ser adquirida pelo procurador. E na procuração que se há de encontrar a solução da questão, salvo se o procurador se afastou do que fora contratado, tornando impossível tomar-se ao procurador como adquirente da posse.

Cumpre, porém, observar-se que, no caso de entrega-tomada simples, há ato-fato jurídico, e a procuração não cabe, nem a representação. O que recebe adquire a posse plena para a passar ao procurado ou representado, observação que se deve a Fr. Leonhard *(Vertretung beira Fabniserwerb,* 57). Se a procura ou a representação consegue se inserir, a tradição simples como que se incha em acordo de transmissão de posse e deixa de ser, portanto, tradição simples.

Não se pode entregar, simplesmente, para o terceiro.

A respeito do art. 494, II, explicitou a 3ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 10 de fevereiro de 1949, *RT* 179/709: "Neste assunto, é de admitir-se que a posse tomada por terceiro, em nome do

adquirente, pode legitimar-se, qualquer que seja a qualidade da representação, sem necessidade de exame rigoroso dos termos do mandato ou da autenticidade do representante; o que mais importa é a intenção de quem apreende a coisa.“

Quanto ao constituto possessório, a jurisprudência às vezes se refere, erradamente, a representação (2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, 12 de junho de 1942, *Ai* 65/300, *RD* 142/22 1; Supremo Tribunal Federal, a 4 de julho de 1944, *AJ* 72/116).

Não se deve pensar em representaçnºo pelo constituinte no *constitutura possessorium* porque o direito clássico não tinha a representação. O mais velho sinal de aquisição da posse por administrador de bens *(procurador)* está na L.

18, pr., D., *de adquirenda vel amittenda possessione,* 41, 2, que é fragmento de Celso. Somente quando se permitiu a representação na posse foi que se pôde vislumbrá-la no constituto possessório. Antes, ele só se poderia admitir onde se pudesse tratar de procuração, o que era excepcional.

Data dos tempos pós-clássicos o constituto possessório pela dedução de usufruto (H. Brunner, Rômische *und germanische Urkunde,* 117 s.).

3. *Explicitação acertada.* O art. 494, II, explicita que a posse pode ser adquirida pelo representante ou por procurador.

Foi bom que o fizesse, porque era discutido se, não sendo negócio juridico a aquisição da posse, seria possível representação negocial (afirmativamente, H. Dernburg, *Das Búrger)iche Recht,* 1, 3ª ed., 470; contra E Endemann, *Lehrbucb,* 1, 5ª ed., 339 s.); e alguns pensavam que representação, em matéria de posse, somente poderia consistir em relação de poder, portanto fático (Fr. Leonhard, *Vertretung beira Fahrniserwerb,* 64). Ora, não se haveria, nem se há de pensar em esquema, mesmo porque a aquisição da posse não é de uma só espécie; nem se pode abstrair da concepção da vida, lá fora, no mundo dos fatos; nem se há de reduzir a representação àquelas espécies em que o representante se faz possuidor imediato e adquire para o outro a posse mediata. Porém é eliminar a sutileza do *órqâo,* em seu conceito científico e imprescindível, dizer-se que a posse, que a pessoa jurídica adquire, por seus órgãos, é posse adquirida com base no art. 494, II; por seus órgãos, a pessoa jurídica, como, por seus servidores da posse,

a pessoa física, ou a jurídica, adquire sem intermediário representante ou procurador: é a própria pessoa que adquire (portanto, com base no art. 494, 1). Por outro lado, não é a aquisição da posse, sempre, ato-fato jurídico que não admita a representação; admite-a, se não no é; não na admite, se o é, como ocorre, por exemplo, a respeito da especificação. Quanto ã aquisição pelo servidor da posse, também se dilataria o conceito de representação dizer-se que o servidor da posse adquire a posse como representante. Não há, aí, representação, em sentido técnico (cp. H. Geissler, *Der Besitz des gesetzlichen Vertreters,* 25): algo se passa à semelhança do que ocorre a respeito dos órgãos das pessoas jurídicas; razão por que o fato de diferente vontade do servidor da posse é irrelevante; nem é preciso que ele exprima que adquire em nome do patrão ou do amo; nem que lhe avise ou comunique: o patrão ou amo adquire, ainda se ignora. Pode dar-se que adquira e perca antes de saber que adquiriu (E. Regelsberger, Uber Besítzerwerb durch Mittelspersonen, *~Jherings Jahrbúcher,* 44, 396).

(a) A posse imediata pode ser adquirida por intermédio de outrem (representante, procurador, servidor da posse, órgão). O empregado da fazenda de café, que colhe os grãos, o do sítio de árvores frutíferas, que colhe os frutos, o caixeiro, que recebe o pagamento das compras, ou o caixa, que o recebe do caixeiro, e o motorista, que compra a gasolina, ou a cozinheira, que recebe a carne e demais gêneros, são servidores da posse. Se peço a algum amigo que me compre alguns livros, conferi-lhe mandato verbal; não se trata de serviço da posse. Mas há casos em que a cortesia é serviço da posse.

Se a posse tem de ser adquirida por negócio jurídico (art. 493, 111), a representação também exige os requisítos do art. 493, parágrafo único. Se falta a capacidade de negócio do representante, falta a validade dos atos de representação; se falta a capacidade de negócio do representado, que outorga o poder, falta a validade da outorga.

Nada disso ocorre em se tratando de aquisição segundo o art. 493, 1 ou II. Se o adquirente é capaz, o servidor da posse, ainda incapaz, pode adquirir segundo o art. 493, III.

(b) A posse mediata também pode ser adquirida pelo representante, ou por procurador: o representante, ou procurador, recebe a posse mediata para o adquirente, e adquire a posse imediata. Se o poder é para adquirir e deixa?

em depósito, a aquisição da posse mediata é para quem outorgou o poder e a imediata para o depositário. Se há momento em que o representante ou procurador foi possuidor imediato é questão de fato. Se o representante ou procurador aceita a cessão da pretensão à entrega, não se faz possuidor imediato, e sim recebe a posse1 mediata de dono para o representado e a mediata de grau inferior para si. Quando o doméstico aceita a cessão da pretensão à entrega, e.g., a papeleta para que o arrendatário da vitrola a entregue, não se faz possuidor imediato: recebe a posse mediata para o amo, como servidor da posse. Se o advogado aceita, por seu cliente, a cessão da pretensão à entrega contra o depositário, não se faz possuidor mediato, nem imediato, nem servidor da posse; só teve o poder para o negócio jurídico. Por onde se vê que não é verdadeira a afirmação de A. Last (Fragen der Besitzlehre, *iherings iahrbúcher,* 63, 98), para quem toda aquisição de posse mediata é aquisição por intermédio de representante ou procurador. Mais ainda: o que adquire a propriedade para outrem, recebendo a coisa comprada, que deveria ser enviada ao comprador, não adquire, como pretenderam E. Przibilla (Erwerb des mittelbaren Besitzes, *Jherings iahrbúcher,* 50, 323) e V. Bruns *(Besitzerwerb durch Interessenvertreter,* 89), a posse mediata para aquele, porque quem adquiriu toda a posse foi o mandatário, contra quem vai a pretensão do adquirente à entrega. Se o vendedor não *devia* entrega ao mandatário, a pretensão é contratual contra o vendedor (ci. G. Draganesco, *Die Lehre vom Besitzerwerb durch Stellvert reter,* 80).

4. *Servidor da posse e aquisição da posse.* A aquisição pelo servidor da posse é aquisição por instrumento, e não pelo representante ou procurador. E o próprio titular o adquirente (art. 494, 1), e não, por ele, o servidor da posse. Isso significa que no art. 494, 111, não se inclui o servidor da posse (contra, H. Isay, *Die Geschàftsfúhrung,* 282 s., que não distingue a aquisição pelo possuidor imediato e a aquisição pelo servidor da posse). Já o direito romano admitia a aquisição por intermédio do escravo peculiar, sem que se precisasse da ciência do senhor: os atos daquele eram atos desse. A situação do servidor da posse é semelhante: o que ele adquire, sem que precise revelar para quem, salvo se, na espécie, se exige legitimação para adquirir, vai à posse do patrão, ou amo (idem, o órgão, a respeito da pessoa jurídica). O *inteliectus* exerce certo papel, porque poderia adquirir para si mesmo; mas a quem afirma que o servidor da posse adquiriu para si, e não para o patrão, ou amo, ou o órgão, para a pessoa jurídica, cabe o ônus da prova (P.

Sokolowski, Die *Philosophie* irn *Privatrecbt,* II, 320). A governante da casa adquire na ourivesaria colheres de prata, ou bandejas de prata; entende-se que foi o dono da casa que as adquiriu (E. Fleck, Der Bote, *Archiv* fOr *Bàrgerliches Recht,* 15, 368 s.): os credores da governante, que pretenderem penhorar as colheres e bandejas, têm de fazer prova de que ela as adquiriu para si, e não para o patrão; porque há a presunção geral de serem pertenças da casa, presunção elidível *(e.q.,* a governante mandou gravar as suas iniciais). Dá-se o mesmo quanto ao empregado da casa de frutas, que as compra a quem as veio oferecer à casa, ou quanto ao diretor da fábrica que adquiriu matérias-primas ou máquinas. O que importa é a relação fática entre as coisas e o ramo do estabelecimento a que o *ínstrurnentum voluntatis* serve, aí instrumento do ato-fato ou do ato jurídico *stricto* sensu. Se, na espécie, se exige a capacidade do adquirente, é a capacidade do amo, patrão, ou pessoa jurídica que se tem de exigir, e não a do instrumento.

5.

Órgão da pessoa jurídica e aquisição da posse. A posse imediata adquirida pelo órgáo da pessoa jurídica, seja de direito público seja de direito privado, é posse adquirida "pela própria pessoa que a pretende" (art. 494, 1). O órgão não é representante, nem procurador; é à semelhança do servidor da posse.

Considerar-se a aquisição pelo ôrgão da pessoa jurídica como aquisição por seu representante *(e.q.,* H. Geissler, *Der Besitz des gesetzlichen Vertreters,* 21; H. lsay, *Die Geschâftsfàhrung,* 25 s.) é de todo inadmissível. Ou se dilata o conceito de servidor para que se assimile a esse o órgão (servidor = servidor stricto sensu + órgão), o que seria

"inofensivo" (a expressão é de Martin Wolff, *Lehrbuch,* 1H, 16, nota 1); se diz que a aquisição pelo órgão é pela pessoa jurídica mesma, sem servitude de posse e, *a fortiori,* sem representação.

6. *Remessa* ou *expedição* e *posse.* Renºessa é todo ato que, em disposição da propriedade, da posse ou da simples tença, consiste no enviar-se a alguém o bem móvel. Há fim que dá ao ato o lugar entre os atos de disposição; e a remessa pode ter diferentes fins. As três classes de fins concernem à propriedade, à posse e átença. Se o vendedor envia a mercadoria ao comprador, o fim éa tradição e, pois, a transferência da propriedade. Se a empresa, que aluga máquinas,

remete ao que com ela contratou, ou a quem oferta a locação de coisa, alguma máquina, o que tem por fito étransferir a essa pessoa a posse imediata. Mas a remessa pela empresa a uma das suas agências é remessa de tença, raramente de posse. Se A remete livros ao seu empregado, que trata da biblioteca, transfere tença, e não posse. O

empregado é, aí, serviçal da posse. Quaisquer que sejam as circunstâncias (remessa por navio, trem, avião, ou correio), a lei principal é o Código Civil e *sedes rnateriae* o art. 493, 1 e III.

O abandono pode ser em remessa (e.g., o possuidor da coisa lança-a na correnteza que ele sabe aonde leva, o possuidor de bote põe-lhe a vela, enfuna-a e deixa que se vá); porém há certa eliminação do fim que resulta da unilateralidade do ato de disposição. Se o remetente não é o possuidor, nem o representa, a remessa não transfere a posse e, *a* Jortiori, a propriedade. Por outro lado, o fim é negativo se o possuidor remete para que se reenvie de volta.

Se o serviçal da posse pode remeter com transferência da posse ou da propriedade só se pode responder examinando-se o caso, segundo as regras do tráfico, os usos e o regulamento interno da empresa ou da casa. Então não é representante o servidor da posse, como pareceu a alguns *(e.g.,* A. Hellhoff, *Besitz- und Eigentumsúbergang ira Faíle der Versendung,* 8), porém sim serviçal da pessoa física ou jurídica (= do árgão), ou do representante. Na remessa há, de regra, o remetente, o intermediário-possuidor e o destinatário. O intermediário pode ser serviçal da posse, por parte do remetente, ou possuidor imediato. Se é serviçal do destinatário, sem que, no momento, sirva ao remetente, não há remessa daquele tipo; há entrega ao destinatário, como se daria, se o destinatário fosse pessoa jurídica, a entrega ao órgão. Se é serviçal do remetente, também não há a típica transferência da posse por intermediário: falta o possuidor imediato entre o remetente e o destinatário; o destinatário recebe, aí, do próprio remetente. E o caso do escravo e do *infans,* no direito romano. Nem se pode pensar em que o intermediário seja representante da posse; nem se há de atribuir papel considerável à vontade, dentro da teoria do Código Civil (cf. Fr, Leonhard, *Vertretung beira Fahrniserwerb,* 66 sj. No intermediário viu K. Hellwig *(Vertràge auf Leistung an Dritte,* 344 s.) o estipulatário a favor de terceiro. O remetente transferiria a pretensão à restituição, de modo que se daria, *em* parte, a transferência da posse mediata ao terceiro (destinatário) e da posse imediata ao intermediário. O destinatário passaria a ser, desde esse momento, compossuidor, até que, recebendo, passasse a ser possuidor único. Casos há em que, com a recusa pelo destinatário, volve a ser possuidor mediato único o

remetente. Todavia, a remessa, como vimos, nem sempre é com a transferência da posse imediata, nem sempre com a transferência, parcial, da posse mediata. Se o intermediário é servidor da posse do remetente, elimina-se de certo modo a distância espacial entre o remetente e o destinatário: se o carro da casa A pára àminha porta para entregar ao meu empregado o que comprei aos empregados de A, A apenas faz a mim tradição das mercadorias. Rege o art. 520, II. Toda a posse me vem de uma vez. Nas espécies em que há contrato de transportes, muda-se de figura: a distância espacial mantém-se; o transportador assume a posse imediata, quer seja fim da remessa a entrega da posse imediata, que completará a posse (plena) pela transferência da posse mediata por acordo de transferência, ou por cessão da pretensão àentrega, quer o fim seja apenas o de transferência da posse imediata, como se o remetente apenas alugou a coisa remetida, quer seja a entrega da posse imediata, com a tradição da coisa em propriedade. *Aliter,* se o transportador é só serviçal da posse, o que ocorre, de ordinário, em transportes que se tornaram como empregados das empresas. Se há cada de fretamento (Código Comercial, art. 566, 1ª

parte)7a carta de fretamento é que decide, e não há principio geral. O conhecimento é transferível e negociável (Código Comercial, art. 587). Se nominativo o conhecimento, tem de ser observada a lei civil para a transferência (Código Comercial, art. 121). Se á ordem, é endossável. O endosso pode ser em branco. Pode ser endosso-mandatç, ou endosso-pignoraticio, de jeito que só se transfira ao endossatário a posse mediata, não-própria, O conhecimento pode ser ao portador. Já assim entendíamos antes do Decreto nº 19.473, de 10 de dezembro de 1930. No caso de conhecimentos, a remessa do conhecimento étransferência da posse, sem que se atribua ao transpodador representação do remetente (e.g., Konrad Cosacli, *Lehrbuch des Handelsrecht,* 5ª ed., 464 5.; L. Goldschmidt, *Handbuch,* 1, *1,* 718

S.; G. Beyerlein, *Besitzerwerb durch Konnosseraent,* 12 s.).

Discute-se se há transferência da posse mediata pelo fato de se remeter ao destinatário o conhecimento. Com a invocação do princípio de que *nudis pactis* não se transfere o domínio, nega-se eficácia de transferência ao conhecimento; e a doutrina france a via no remetente *negotiorura gestor* do destinatário, enquanto alguns juristas recorriam ao *constitutura* possessorium a si mesmo, sendo o remetente representante do destinatário (teoria da *persona duplex* de Casaregis), e outros, á *negotiorura gestio* pelo transportador, dependendo de ratificação pelo destinatário, mediante a aquisição do conhecimento (sem eficácia *ex tunc,* E von Savigny, *Das Recht des Besitzes,* T ed.,

316), sem haver possuidor desde a remessa até a última aquisição do conhecimento (A. C. Holtius *Abbandlungen,* 120 5.; C. F.

Elvers, *Praktische Arbeiten,* 96 sã. Quarta construção é a da tradição simbólica (= conhecimento é símbolo da mercadoria) de que se valeram outros *(e.g.,* G. Beseler, *Systern,* 1.044; E. Strohal, .*Succession in den Besitz,* 212 s.).

Para sistema jurídico que abstraiu do *anirnus* e do *corpus,* é sem dificuldade o problema; a posse transfere-se. No passado, tinha-se de buscar fundamentação a essa solução (cessão da *rei vindicatio,* R. von Jhering, *JahrbOcher fúr die Dograatik,* 1, 176 5.; o conhecimento é papel de valor e houve a remessa da mercadoria, P. Laband, *Zeitschrift fOr deu tscbes Recht,* 14, 121 5.; a transferência do conhecimento é contrato real, hoje em dia, A.Exner, *Die Lebre vora Rechtserwerb durch Tradition,* 208; representação do adquirente do conhecimento pelo transportador, L. Goldschmidt: *animus* rera *alteri habendi).*

O Código Comercial já havia preparado o direito brasileiro para a abstração do *anirnus* e do *corpus,* que se perfaz com o Código Civil. No art. 199 foi dito: "A tradição da coisa vendida, na falta de estipulação expressa, deve fazer-se no lugar onde a mesma coisa se achava ao tempo da venda; e pode operar-se pelo fato da entrega real ou simbólica, ou pelo do título, ou pelo modo que estiver em uso comercial no lugar onde deva verificar-se." A tradição pela entrega do título nada tem de simbólica.

Quanto ao transporte por terra, ou ar, o art. 100 do Código Comercial exigia a inserção do nome do destinatário, mas já se usava o conhecimento inominado (nosso *Dos Títulos ao* Portador, 1, 2ª ed., 382), até que o Decreto nº

19.473, de 10 de dezembro de 1930, art. 1ª, se referiu à cláusula ao podador. Diz no art. 2ª: "O conhecimento de frete deve conter: I- O nome, ou denominação da empresa emissora. 11 - O número de ordem.

III

- A data, com indicação de dia, mês e ano. IV - Os nomes do remetente e do consignatário, por extenso. O

remetente pode designar-se como consignatário, e a indicação deste

substituir-se pela cláusula *ao portador.* Será ao portador o conhecimento que não contiver a indicação do consignatário. V O lugar da partida e do destino. Faltando a indicação do lugar da partida, entende-se ser este o mesmo da emissão. VI - A espécie e a quantidade ou peso da mercadoria, bem como as marcas, os sinais exteriores dos volumes de embalagem. VII - A importância do frete, com a declaração de que é pago ou a pagar, e do lugar e da forma do pagamento. A importância será declarada por extenso e em algarismos, prevalecendo a primeira em caso de divergência. Emitindo o conhecimento com frete a pagar e não indicada a forma do pagamento, este será a dinheiro de contado e por inteiro, no ato da entrega da mercadoria e no lugar do destino, se outro não tiver sido designado. A falta de pagamento do frete e despesas autoriza a retenção da mercadoria. VIII - A assinatura do empresário ou seu representante, abaixo do contexto." No art. 3ª: "O conhecimento nominativo é transferível, sucessivamente, por endosso em preto, ou em branco, seguido da res7ectiva tradição. É em preto o endosso em que consta a indicação do nome, por extenso, do endossatário; em branco, aquele que o não contém.‟ § 1ª: "O primeiro endossador deve ser o remetente, ou o consignatário." § 2ª: "O endosso em branco faz o título circular ao portador, até novo endosso. O portador pode preenchê-lo.‟Y§ : "O último endos 3ª

satário e detentor do

conhecimento presume-se proprietário da mercadoria nele declarada (art. 2ª, VII). A mera tradição manual transfere o conhecimento ao portador, ou endossado em branco, para o mesmo efeito."

7.

Estradas de ferro *e correios.* As estradas de ferro e os correios são possuidores imediatos, não são servidores da posse (O. Wendt, Der mittelbare Besitz, *Archiv fOr die civilistische Praxis,* 87, 61; E Kniep, *Der Besitz,* 139; H.

Schoen, *Eigentumsklage* gegen *den raittelbaren Besitzer,* 11; L. Schwenk, *Der Rechtsschutz des raittelbaren Besitzes,* 14). A discussão que se levantou quanto a ser oriunda de contrato civil ou comercial, ou de negócio jurídico bilateral com o Estado, se o correio lhe pertence, é sem importãncia para a questão da posse. A posse não muda com a natureza dos negócios jurídicos que podem estar junto a ela, *no raundo jurídico,* onde ela não está. Ainda que se concebesse o selo postal como

contribuição ou taxa (no sentido de tributo), seria sem importância para a posse; porque a divergência entre ser tributo ou contribuição *(e.g.,* Ph. Zorn, *Das Staatsrecht,* II, 283 s.), ou preço tarifado de negócio jurídico de transporte (correio), como é (P. Laband, *Das Staatsrecht,* III, 49 e 51 5.; G. Meyer, *Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts,* 1, 563; Fassbender, *Hat* der *Adressat ... einen Rechtsanspruch auf Aushàndigung der Postanweisungssurarae?,* 26 s.), não atinge o problema.

Quando há contrato de transporte, não se pode dizer que, em todos os casos, o destinatário somente adquira direito expectativo, de jeito que apenas ao chegarem as mercadorias adquiriria a pretensão à entrega (assim, E.

Przibilla, *Erwerb und Verlust des mittelbaren Besitzes,* 51, que todavia admite a aquisição da pretensão, desde logo, pelo destinatário postal, 52, nota 4). Depende do contrato de transporte e do titulo ou documento, que se expeça. Se o risco corre por conta do destinatário, o que se lhe pode reconhecer, em todos os casos em que isso conste do contrato, é a ação de indenização que caiba na espécie (cf. Karl Linckelmann, *Die Schadensersatzpflicht aus unerlaubten Hczndlungen,* 22 s., que dai tira ter-se transferido a posse mediata; semelhantemente, 5. RIem, *Der mittelbare Besitz,* 75; quanto aos correios, A. Hellhoff, *Besitz- und Eigenturasúbertragung,* 20); mas, se, em todos os casos, entendemos que o destinatário adquiriu a posse mediata, não se há de concluir que adquiriu a propriedade (no direito alemão, Fr.

Leonhard, *Vertretung beira Fahrniserwerb,* 57 e 84). No direito brasileiro, pode o destinatário, ainda se de boa-fé, adquirir a posse mediata sem adquirir a propriedade. O que importa é indagar-se e saber-se se o destinatário adquiriu o poder de disposição (não só de disposição de direito expectativo!) Ainda entre os títulos referentes a mercadorias tem-se de distinguir

§ 1.091. Constituto possessório

1. *Conceito.* Quando se diz que, se alguém pode adquirir a posse para outrem, evidentemente pode prover a isso se possui a coisa, começa-se por apresentar em termos indevidos o problema do constitutO possessório. Em verdade, não há pensarse em aplicação da aquisição

por outrem, nem, portanto, de ser dispensável a apreensão, pois que já se tem a posse, — o que seria o inverso da brevi manu traditio. Há o constituto possessório ainda se essa apreensão é de mister, por ter o representante adquirido de outrem e constituído o possessório. A posse transfere-se, mas subtrai-se à posse transferida a posse imediata, ou outra posse mediata, ou a tença, que fica ao transferente ou ao representante na aquisição. O termo constitutum possessorfufll é estranho às fontes. Diz a L. IS, pr., O., de *adquirenda vel araittenda possessione*~ 41, 2: Qvod m *eo* nomíne *possideo, possum* alieno *nomine possidere: nec* enim muto mihí *causam possessionis. sed* desino *possidere et* alium possessorem ministerio meo *facto. nec idem* est possidere *et* alium nomine possidere: nam *possidet* cuius nomine possidetur procuratorr *alienae possessioni praestat ministerium.* O que possuo em meu nome, diz Celso, posso possuir em nome de outrem: nem, assim, mudo para mim a causa da posse, mas deixo de possuir e faço possuidor, por mister meu, a outro. Nem são o mesmo possuir e possuir em nome de outrem: porque possui aquele em cujo nome se possui, o procurador presta seu serviço (minísterium) à posse a1heia. O acordo de transferenda é em dois tempos, que se seguem em pontos de tempo: A transfere a B, mas B acorda em que A fica como possuidor imediato, ou possuidor não-próprio, ou como tenedor (detentor) serviçal da posse. Pode bem ser que A seja órgão de B e, adquirindo B, A transmita a B, com constituto possessório.

Não há qualquer ato exterior, nem gesto que se pudesse interpretar como tal. No instante em que A perde a posse e B a adquire, A obtém a posse imediata, ou a mediata não-próprias ou só a tença, ou o serviço da posse. Não há o pacto nu, porque, para o direito romano, troditioflibas non nudís pactis trans *ferenttr;* há o pacto e mais o elemento circunstancial (causae mutatio *)* que permite o constitatara. Não importa se A se fez só possuidor imediato, ou se se fez possuidor mediato, como se alienou a casa, com contrato de locação de B a A e manteve alugada a casa a C, possuidor imediato. A concepção germânico-brasileira das posses escalares deu outro conteúdo, mais rico, ao texto de Celso.

Certamente, o acordo não se presume, pois que, se se vendeu o imóvel ou o móvel e não se disse transferirem-se propriedade e posse daquele ou desse ou quanto a móvel, não se disse transferir ou não se entregou a coisa vendida, o que se tem, para invocar extrajudicial ou judicialmente, é o contrato consensual de venda e compra. Com mais forte razão não se há de presumir ter havido acordo mais constituto possessório. Isso riao quer dizer que não se tenha de inferir da prática de certos atos, ou das circunstâncias, ter havido constituto possessório.

Em relação ao direito romano, a chamada tradição simbólica, de que tratou o Código Comercial, art. 200, suscita a aparição de constitutos possessórios, pela maior facilitação de acordos de transferência sem a tença pelo adquirente. Com o Código Civil, que abstrai do *corpus,* ainda maior é a opodunidade a tais transferências sem tença pelo adquirente. Dissemos "tença", mas pelo constituto possessório se pode dar ao adquirente a posse mediata mais longe da tença, inclusive a própria, ao alienante posse mediata mais perto da tença (e.g., ficou como locatário do edificio onde o adquirente é sublocatário de escritório ou loja), ficando a posse imediata ao adquirente. Outras combinações são possíveis, devido ao grau de sutilização a que atingiu a concepção da posse no Código Civil.

Para se ver que o direito romano ficou superado bastariam os exemplos acima. Porém é útil focalizarmos dois textos, um de Ulpiario (L. 1, § 2, D., de *periculo et coraraodo rei vendztae,* 18, 6: Si dolium sígnatum sit *ai,* eraptore, *Trebatius aU traditura id* ulderi: Labeo contra, quod et *verura* est: *KfldqiS enira ne sam* mutetur, sígnori solere quam at *tradi tara videatur)* e outro do Código Comercial, art. 200 ("Reputa-se mercantílmente tradição simbólica, salva a prova em contrário, no caso de erro, fraude ou dolo: 2. O fato de pôr o comprador a sua marca nas mercadorias compradas, em presença do vendedor ou com o seu consentimento"). Assim, Trehácio, discípulo de Cornélio Máximo, deu ao assinalamento a significação que hoje lhe damos, posto que em direito civil, como em direito comercial, a prova em contrário se admita. Labeão, não: pareceu-lhe que mais se sói marcar para que se não troque do que para se considerar entregue. Mas há marcar a coisa e há pôr lembrete, que indica a coisa sem significar entrega. A discussão somente pode ocorrer quanto à primeira espécie.

Na L. 48, D., *de adquirenda vel araittenda possessione,* 41, 2, Papiniano figura alguém que doou prédios a escravos e em carta declarou ter transferido a posse: se um dos escravos chegou ao donatário e foi enviado a um dos prédios, pareceu-lhe evidente que, por meio do escravo, se adquiriu a posse dos prédios e dos demais escravos. Não se tratava, aí, de constituto possessório; nem, hoje, se há de pensar nisso. No direito romano, precisou-se da posse, através do ato-fato do servo. No direito brasileiro, não. Se o donatário está em situação de poder entrar nos prédios e exercer poder fático sobre os móveis, com eles doados, houve transferência da posse. Se a doação foi apenas verbal, ainda aí pode ter havido a tradição que se refere o art. 1.168, parágrafo único, o que se discutirá no lugar próprio.

Se alguém vende ou troca e no mesmo momento ou depois se faz locatário da coisa vendida ou trocada, havemos de entender que transferiu a posse e ocorreu constituto possessório (Ulpiano, na L. 77, D., de rei *vindicatione,* 6, 1;ionde, aliás, se argumenta *a fortiori,* pois — se houvesse sido enviada carta em que se transferiu a posse, sem ter havido arrendamento — também se teria transferido a posse: ... *cura epistula ernitteretur: quae res sufficiebat ad traditara possessionera, Iicet conductio non intervenisset).*

Quando se perfaz o penhor mas a coisa fica em mãos do devedor, há *constitutura possessoriura* (art. 769; Código Comercial, arts. 274 e 199). É de conferir-se a L. 15, § 2, D., *qui satisdare cogantur,* 2, 8, que tinha a posse do devedor como precária; hoje, qual a posse ou tença do devedor não se pode dizer *a* priori.

Houve quem tentasse corrigir, com rigor, os erros dos práticos a respeito do constituto possessório: ci. U. von Cramer *(Opuscu Ia,* 1, 641), o que deu ensejo, em 1738, a obra excelente de Fr ci. Kodholt *(De Possessione ea lege, ne contra tradentera, dum vivit, exerceatur, tradita).* E von Savigny *(Geschichte des rômischen Rechts ira Mittelalter,* 11, 153) referiu o uso na Idade Média. Em *Das* Recht *des Besitzes* (§ 27) quis E von Savigny explicar a sociedade universal de bens como efeito de constituto possessório (L. 1, § 1, e L. 2, D., pro sacio, 17, 2: In *societate omnium bonorura oranes res quae coeuntiurn sunt continuo communicantur, quia, Iicet specialiter tradi tio* non *interveniat, tacita toraen creditur intervenire);* mas é Gaio, e não o direito romano, segundo R. von Jhering *(Der Besitzwille,* 215), quem fala, na L. 2: o direito romano só se referiu à transmissão da propriedade, e não a da posse.

2. *Constituto possessório, ato de disposição.* Quando A. Randa *(Der Besitz,* 3ª ed. 459) definiu o *constitutura possessoriura* como aquisição da posse por meio de representante, frisou mais a aquisição que a perda: o constituinte transfere e deduz o que consigo fica, o outorgado aceita o negócio juridico (há, então, o acordo). Quanto a Glúck *(Ausfuhrliche Erlàuterung* der *Pandekten,* VIII, 106), viu, primeiro, o ato do disponente (cf. L.

Hauser, .*Stellvertretung ira Besitz,* 46, e R. Lembe~ Das Constitutum Possessorium, 6). O que a todos impressionava era o não haver ato material do outorgado, donde ter-se dito do constituto possessório ser modo anômalo de aquisição; tal falsa anomalia desaparece de todo em

sistema jurídico, como o brasileiro, que abstraiu do *corpus* como do *aniraus.*

Quando se adquire pelo constituto possessório, adquire-se com base no art. 494, IV (cf. art. 520, V), que se não confunde com a aquisição pela apreensão (art. 493, 1), nem por intermédio de representante (art. 494, II). É preciso frisar-se, com todo o rigor que o Código Civil brasileiro não considerou adquirição por intermédio de representante a aquisição pelo constituto possessório, tanto assim que, no mesmo art. 494, disse que "a posse pode ser adquirida: 1 -

Pela própria

pessoa que a pretende. II - Por seu representante, ou procurador. III - Por terceiro sem mandato, dependendo de ratificação. IV -Pelo constituto possessório." Não se trata de adquisição por ato de outrem, que tenha representação legal ou procura, nem por ato de gestor de negócios alheios; mas de adquisição por acordo, negócio jurídico bilateral, inserto em outro, como *clausula* constituti, ou á parte, Tampouco se há de invocar o art. 493, 1, que falou da apreensão. Não é preciso que haja qualquer apreensão pelo outorgado, ainda fingida. O outorgado pode ter representante ou procurador que por ele acorde. Nem ele, nem o seu representante ou procurador, se obteve a posse pelo constituto possessório, precisou ter apreendido a coisa. O constituinte transmite a posse que tem; se não a tem, nada transmite. Se a tem, transmite-a, como transmitiria a posse pela cessão da pretensão à restituição. O constituinte declara que transmite e diz *até* onde transmite, porque algo lhe ficará, com o que está de acordo o outorgado. O pacto não basta à traditio, mas o *constitutura possessoriura* não é *traditio.*

3. *Teoria* do *Código Civil.* Uma das conseqüências da teoria da posse segundo o Código Civil brasileiro, que abstraiu do aniraus e do *corpus,* está na repulsa às expressões "tradição simbólica", "apreensão fingida", ou "ficta" (apprehensio ficta, apprehensio ficticia, Placentino, *Suraraa in Cod.* tit. de *acq. et* ret. poss., 329; adscititia, H. Donelo, Comrnentari4 III, 84: *Adscititiura voco, qui prehensionera* rei *non habens accersitus est et adraissus abunde, qui eo loco esset, ut pro prehensione haberetur).* Punha-se o constituto possessório no rol das tradições fictas ou adscitícias (A. de leysen *Meditationes ad Pandectas,* s. 445, med. 4: *nobilissiraa species)* e a propósito da L. 18, pr., D., de *adquirenda vel araittenda possessione,* 41, 2, onde a Glosa de Acúrsio viu posse por

procurador, devido à alusão que se faz ao *procurator.* Mas A. Alciato *(Opera orania,* 1.471) mostrava o como se", o *tanquara: per* nos *tanquara procuratorera possidere.* Por seu turno, U. Zasius *(Opera,* 150), à L. 18, via no constituinte *quasi colonura; G.* Noodt *(Probabilia* iuris *civilis,* L. III, c. 6, nº 6): *quasi procurator;* D. Classenius (Disp. *de Constituto possessorio,* Parte 1, §

VII): *procurator (si vocare licet constituentera).* O próprio significado de *constituo* foi discutido. Viu em *constituo* o mesmo que confiteor A. Alciato (nº 9) 19. Zasius falou de *constractus constitu* ti; A. Alciato, de *clausula constituti* Eram freqúentes os constitutos possessórios, a crer-se em U. Zasius *(Opera,* III, 149 5.) e em A. Tiraquelo *(De lure Constituti possessorii Tractatus,* Parte 1, nº 1), que o chama *modus transferendi possession* is. Já se falava de constituto possessório expresso e de constituto possessório tácito (ci. A. Frommann, *De Ficta* seu *Quasitraditione,* 49; cf. J. C. Spitz, *De Natura et EJfectu Constituti possessorii,* § 2). Pretendeu-se que o constituto possessório se extinguiria com a morte de qualquer dos figurantes (A. Faber, *Codex Fabrianus,* L. 7, t. 7, d. 39), o que era absurdo como afirmação *a* priori.

Já o constituto possessório pode empregar-se entre quase possuidores; digamos, hoje, possuidores mediatos que não possuidor próprio, e tenedores (cf. D. Classenius, *Disputatio de Constituto possessorio,* c. III, §§ 4-6; C. G. Bruns, *Recht des Besitzes ira Mittelalter und in der Gegenwart,* 372; 1. Harburger, *Das* Constitutum possessorium, 7). Não só no direito civil (3. Cujácio, *Cornmentarius in Digesta,* à L. 18).

Pretendeu H. Giphanius *(Lecturae Altorphinae,* 120 e 473, respectivamente sobre a L. 10, D., *de donationibus,* 39,5, e sobre a L. 18, D., *de adquirenda vel araittenda* possessione, 41, 2) negar que existisse a figura, à parte, por lhe parecer que pudesse ter eficácia suficiente a fórmula *constituo* rae tuo norae *possidere.* Hoje, perdeu quase todo o interesse a discussão, devido à atitude do Código Civil, e a praxe em muito afastou-se de H. Giphanius. A excessos chegou o livro, sem valor, de H. *E* Schorch *(De Constituto possessorio in legibus Roraanis non fundato,* 1 5.); mas sem repercussão. Os constitutos possessórios pululavam, com fórmula de reserva (A. Kienast, *Darstellung der Lehren von* Constitutum possessorium *nach rôraischen und bayerischen Gesetzen,* 92), ou como pacto adjeto (3. A, Hellfeld, *lurisprudentia forensis,* § 1.000). Não importavam as dúvidas sobre a sua base Principal (e.g., E Sintenis, *Das praktische geraeine Civilrecht,* 3ª ed., 1, § 44, nota 33; E von Savigny, *Das Recht* des *Besitzes,* § 27, 318 s.).

A doutrina ora exigia o *corpus,* ora o *aniraus* e o *corpus,* para se ter constituto possessório. Dai a escapatória da representação. Por outro lado, não se pensar em figura única para o constituinte.

Se houve acordo de transferência e o transferente, que tinha posse, ficou de posse da coisa, tem-se de interpretar se houve, ou não, constituto possessório. Se houve, a ação para haver a coisa é a que resulte da relação entre o transferente e o novo tenedor (pode o constituinte ter ficado como possuidor imediato, e.g., se alugou o prédio que alienara, ou como servidor da posse). Se não houve, a ação própria é a de imissão na posse. A 6ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 2 de dezembro de 1949 *(RT* 184/744), teve de decidir certa espécie em que o transferente ficara com a tença da coisa a título precário; e resolveu acertadamente: "Não é essencial que a escritura de venda estipule de modo expresso a cláusula *constituti,* bastando que ela resulte clara dos termos do contrato. Quem adquire a posse do imóvel e autoriza o alienante a nele permanecer? transfere-lhe essa posse a titulo precário, pela cláusula *constituti* implícita. Se o vendedor, posteriormente, se recusa à entrega da coisa, a ação cabível é a de reintegração, e não a de imissão, por se considerar configurado o esbulho. Sendo cabível a ação de reintegração de posse, não se conhece da de imissão proposta, pois há .enntre ambas diferenças de fundo, substanciais, que não autorizam a aplicação do art. 375 do Código de Processo Civil", de 1939, a que, no Código de 1973, corresponde o art. 920.

4.

Evoluçâo conceptual do constituto possessório. O constituto possessório passou por transformação que não podiam prever os juristas do direito comum, menos ainda os romanos. Não só a economia mudou. Mudou a própria teoria da posse, refletindo-se sobre as mudanças. O que era tença (detenção) para os juristas romanos e do direito comum passou a ser toda a escala das posses *mais* a tença, m *enos* uma. Alguns tenedores do direito comum são hoje possuidores, o que faz o constituto possessório poder consistir em transmissão da posse mediata ficando ao outorgante posse imediata, ou outra posse mediata; ou consistir no que era nos tempos romanos e medievais, como no direito comum (o que Th. Kipp, em E. Windscheid, *Lehrbuch,* 1, 690, não viu; cp. E Kniep, Der *Besitz,* 253). Pode o outorgante ficar como servidor da posse, como o motorista que vende o automóvel ao

patrão e fica a servi-lo quando se lhe pede, ou o jangadeiro que vende a jangada ao dono das terras e fica a trabalhar por conta do dono (E.

Nord, *Die rechtliche Natur der Besitzbbertragung,* 36 *5.;* E Kniep, *Der Besitz,* 253 e 254, onde é errado o exemplo, que dá, da cozinheira que compra no mercado, pois essa não adquiriu qualquer posse; E. Przibilla, *Erwerb und Verlust des raittelbaren Besitzes,* 38; cf. H. Hoos, *Besitzerwerb und Besitzerhaltung durch Stellvertreter,* 33 e 46).

Porém a mais profunda transformação seria a que se operou com a teoria do Código Civil brasileiro se essa teoria não fosse a que, encoberta pelas redes metafísicas das teorias do *aniraus* e do *corpus,* estava na realidade mesma da vida de hoje. Foi a discordância entre a mentalidade dos teoristas e a vida que fez pensarem eles em não existir constituto possessório, ou em ser, hoje, causa de adquirir e não causa de perda (e lá se apagaria o *sed desino possidere* do texto celsiano, sem bem se explicar a aquisição por ato unilateral). Menos indefensável seria a perda sem aquisição, pois que o constituinte *rautat sibi causara possession is.* A bilateralidade é inabluível. O acordo é duplo; dispõe-se, e recebe-se; ou dispõe-se de p — x. Tal como acontece quando se aliena e se adquire, depois, usufruto, ou se aliena, deduzido o direito real de usufruto. A concepção do constituto possessório, tal como resulta no sistema jurídico brasileiro, é bem o ponto culminante da escalada que vem de Celso, na li. 18, D., *de adquirenda vel arnittenda possessione,* 41, 2, atingiu a fórmula medieval *constituo rae possidere noramne alieno,* a distinção entre as posses mediatas, a posse imediata e as tenças, e chegou à abstração do *corpus* como do *aniraus.* Nem a validade ou eficácia de qualquer negócio jurídico é pressuposto da passagem da Posse pelo constituto possessório: seria pôr-se a posse, desde antes, no plano jurídico (O.

Báhr, Zur Besitzlehre, j *ahrbúcher fuir die Dograatik,* 26, 327 5.; J. Biermann, *Traditio ficta,* 317; Kroschel, Zur Lehre vom *Constitutura possessoriura, Archiv fOr die civilistische Praxis,* 72, 257; W. Rindel, *Die Grundlagen des rôraischen Rechtsbesitzes,* 243); desde que se pôs claro que o constituto possessório em caso de venda de imóvel acima do valor que permite o instrumento particular, tal como se tem, hoje, no art. 134, II, pode ser por instrumento particular, — pois uma coisa é o acordo de transmissão da propriedade e outra o acordo de transmissão da posse; o constituto possessório é, em si, negócio jurídico.

É preciso atender-se a que, ao se falar de constituto possessório, não se trata de transmissão da propriedade, posto que possa bastar para essa, em certos casos, a transmissão da posse do bem móvel. O constituto

possessório tem eficácia ainda que não valha o negócio jurídico sobre a propriedade; porque somente diz respeito à posse (R. Thoma, *Bedeutung des Besitzwillens,* 79); mas o constituto possessório mesmo precisa valer, *por ser, de* si só, *negócio* jurídico *dúplice.* Todavia, se vale a transferência da posse e não vale a dedução, o constÃtuto possessório operou-se, porque o outorgante perdeu a posse e — não valendo o negócio jurídico quanto à dedução — de qualquer modo lhe ficou a tença. O constituto possessório apenas não deduziu tanto quanto se esperava. Se inválida foi a transmissão, nada podia haver de parte do outorgado que pudesse ser aceitação do deducto: só se aceita a dedução pelo outorgante quando se aceita, ou antes sei aceitou, validamente, a outorga.

5. *Abstração e constituto possessório.* Sobre se o constituto possessório pode ser abstrato discutiu-se no direito comum. Alguns, à frente A. Exner (também E. 1. Bekker, Der Besitz beweglicher Sachen, *(Jherings Jahrbúcher,* 34, 52-56), entendiam que a relação (jurídica) teria de ser *concreta (e.g.,* E. Przibilla, Erwerb *und Verlust des raittelbaren Besitzes,* 41). O § 930 do Código Civil alemão concorreu para que depois se insistisse nesse ponto. Não temos, porém, esse embaraço de texto. O Código Civil, nos arts. 494, IV, e 520, V, não se referiu a qualquer relação hásica (subjacente). Contra a teoria concretista insurgiram-se J. Biermann *(Traditio ficta,* 371 s.) e H. Dernburg *(Pandekten,* 1, 5ª ed., § 181). Foi mal que o Código Civil alemão houvesse posto a regra jurídica sobre constituto possessório na seção sobre a propriedade, em vez de a pôr na seção sobre posse, como fez o Código Civil brasileiro. Constituto possessório é instituto sobre posse, e não sobre propriedade. Se, a respeito de aquisição de domínio ou de outros direitos reais, se precisa falar de constituto possessório, isso apenas resulta de ser preciso falar-se de transmissão da posse, uma de cujas espécies é o constituto possessório. Por isso mesmo, aquele a quem o não-dono transferiu a posse (possuidor não-proprietário), tendo dito transferir a propriedade, não lhe transferiu propriedade, pois não na tinha, mas transferiu-lhe a posse, que, ex *hypothesi,* tinha. Não se adquire a propriedade *a non domino,* salvo quando, nas espécies em que há aquisição da propriedade por posse de boa-fé (e.g., títulos cambiários, o outorgado estava de boa-fé. Mas a posse, essa, adquire-se por transferência se o não-dono a tinha e a transferiu em constituto possessório. A frase de J. Kohler (Vertrag und liiJbergabe, *Archiu for Bíirgerliches Recht,* 18, 76 e 73 s.) — "nenhum constituto sem posse mediata, nenhuma posse mediata sem relação jurídica", que tanta impressão deixou na Alemanha, foi também responsável pela continuação da atitude hostil à concepção do constituto possessório

abstrato. O constituto possessório abstrato não bastaria à transmissão da propriedade imobiliária (cp. art. 622, parágrafo único); mas transfere a posse.

Aliás, o próprio J. Kohler (Vertrag und tibergabe, *Archiu,* 18, 76) admitiu que, faltando a causa, a posse se transferisse (18, 76). Faltou à doutrina lembrar-se do dizer de R. von Jhering *(Der Besitzwille,* 324): pode-se desenrolar toda a teoria da posse sem empregar, uma só vez, a palavra "propriedade."

6.

Constituinte que somente tera a posse mediata. Discutiu-se se quem apenas tem a posse mediata pode constituir possessoriamente. Responderam afirmativamente G. Planck (Kommentar, III, 4ª ed., 367), E. 1. Bel□ker (Der Besitz beweglicher Sachen, *iherings Jahrbűcher,* 34, 59 s.) e outros; contra, principalmente 3. Kohler (Vertrag und íilbergabe, *Archiv,* 18, 66) e A. Last (Fragen der Besitzlehre, *Jherings (Jahrbúcher,* 63, 147 s.). O que é preciso éque haja algo a deduzir-se, *e.g.,* a pretensão à restituição da posse imediata, ou alguma posse mediata, ou alguma posse mediata abaixo da que se transmite, considerando-se mais alta a posse de dono.

7. *Condicionalidade e atenuação.* No caso de contrato condicional (condição referente à transmissão da posse), claro é que se não transfere, desde logo, a posse. Há direito expectativo a ela, tão-só. Idem, quanto ao contrato a termo. O

direito já existe, falta a pretensão. Nem há pretensão à entrega da coisa desde já (ainda pessoal; sem razão, E. Przibilla, *Erwerb und Ver)ust des rnittelbaren Besitzes,* 44); nem se pode pensar (errado, Karl Kappler, *Zur Lehre uora Besitz,* 72) em construir-se a situação como de *depositura* ou de comodato. O pacto de conservar a coisa com cuidado ou em uso constante que evite tornar-se menos valiosa éoutra coisa. Se o alienante prevê que, ao advento da condição ou do termo, lhe fique a coisa, transferindo-se a posse mediata, vale o constituto possessório condic.ipnal ou a termo. Se não houve, a transferência opera-se *realraente* se era o caso (se cabia a eficácia real da transmissão da propriedade e da posse). Se não houve e não há tal eficácia, não se pode dizer como 5. Klein *(Der raittelbare Besitz,* 75) que seria inútil o constituto possessório condicional ou a termo.

8. *Garantia de créditos.* O constituto possessório pode ser usado para garantir créditos. Não se trata, aí, de transmissão de propriedade em garantia (o que tem estrutura própria e admissível, cf. K. Linckelmann, Die Sicherheitsúbereignungen, *Archiv* fOr *Búrgerliches Recht,* 7, 209 s.), mas de transmissão da posse. Não se trata de *pactura Jiduciae,* pelo qual se promete, paga a divida, restituir ao devedor a coisa, nem de cessão do exercício de usufruto em segurança. O credor continua proprietário e transfere a posse imediata, permanecendo possuidor mediato. Tal tradição não é a que basta à transferência da propriedade, mas é transferência. Por isso mesmo, em discussão no concurso de credores, seria impossível pensar-se em propriedade relativa, o que não existe, posto que atos de disposição possam ser relativamente ineficazes, o que é outra coisa (cp. Código Civil suíço, art. 717; cf. A. Nathan, *Die Uhertragung des Eigenturas an beweglichen Sachen rnittels* Constitutum possessorium, 62). O constituto possessório para garantia é válido se se tem por fito, seriamente, a transmissão. O problema desloca-se para o direito da propriedade.

§ 1.092. Aquisição ex lege da posse

1. *Mundo* fático *e raundo jurídico.* A aquisição da posse pode ser ex *lege.* E, necessariamente, em sistemática, a última espécie de aquisição. O art. 493 somente se referiu à aquisição por ato-fato ou por ato jurídico; não se referiu à aquisição que a lei, em interpretação prática da vida, em contemplação milenar do mundo fático, entendeu pôr em regra legal. Nem dela cogitou o art. 494. No art. 1.572, que pertence ao direito das sucessões, estatuiu-se:

"Aberta a sucessão, o domínio e a posse da herança transmitem-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários." Contudo, no art. 495, supondo já a existência do art. 1.572 (o sistema jurídico é todo, é sistema lógico, de modo que os conceitos e proposições que vêm, na exposição, depois, *já* estão nele, desde todo o começo), o Código Civil explicitou: "A posse transmite-se com os mesmos caracteres aos herdeiros e legatários do possuidor." (Noutro lugar trata-se da diferença entre posse do herdeiro e posse do legatário, à última das quais não se refere o art.

1.572, mas a ela alude o art. 495.)

A regra jurídica do art. 1.572 é de origem germânica como a parêmia francesa que lhe corresponde (Le mort saisit le vif) e o *Pater rae restitura de hereditate diraisit* (A. Heusler, *Institutionera,* II, 560 5.; *Die Gewere,* 175 5.; W.

E. Albrecht, *Die Gewere,* 34). A Ley de Toro (Lex Tauri, c. 45) tinha-a. Não passou ao direito português, senão, através de influências diferentes, ao direito luso-brasileiro. A leitura do Alígemeines Landrecht prussiano deve ter sido decisiva, *de iure condendo.*

O art. 1.572 não implica que se tenha a posse, ainda ai, como direito *(e.g.,* 1". Krockmann, *Institutionen,* 2ª ed., 255; L. Kuhlenbeck, Von *den Pondekten zuni BGB.,* II, 52), o que teria *a* conseqÔência conceptual de se atribuir ao Código Civil brasileiro, como ao alemão, duplicidade de conceitos de posse, o do art. 485 e o do art. 1.572 (Karl Albrccbt, *Der Besitz des Erben, 47);* nem que seja situação juridica *(e.g.,* ci. Biermann, *Sachenrecht,* 14); nem que seja a posse do art. 1.572 idêntica à pretensão à aquisição da posse *(eg., E* Kniep, *Der Besitz,* 184 e 188), o que não só duplicaria o conceito de posse como também o deturparia; nem, tampouco, que seja relação juridica. Nem se trata, tampouco, de ficção *(e.g.,* E. R. BierIing, *Juristische Prinzipienlehre,* 1, 101).

A posse oriunda dos próprios direitos intransmissíveis transmite-se segundo o art. 1.572, inclusive a do usufrutuário, a do usuário e a do titular do direito de habitação (F. Endemann, *EinJúhrung,* II, 1, 144; (1 Boehm, *Dos Erbrecht,* 314; Rari Albrecht, *Der* Besitz des *Erben,* 57). Posse, que se há de entregar, mas posse.

2. *Posse do herdeiro.* A posse, que se transmite por incidência do art. 1.572 e com a eficácia que lhe atribui o art. ~ é qualquer posse: a mediata, como a imediata; qualquer das mediatas. E de perguntar-se se se transmite a chamada posse viciosa por violência ou clandestinidade se ainda não cessou a violência ou a clandestinidade; e a resposta é negativa: ainda hão é posse, mas tença; e o art. 1572 somente cogita de posse. Se a violência ou a clandestinidade cessa em vida do decujo, transfere-se posse, porque assim encontrou a morte o estado de fato. Se, ao morrer o decujo, ainda não cessara a violência, ou a clandestinidade, ou cessa com a morte, e não há qualquer problema de aplicação do art.

1.572: posse não há, nem tença, e pois não incide; ou alguém, pelo decujo (e.q., servidor da posse), ou o herdeiro, com tinua a violentar,

ou a ocultar, e o que se deu foi *continuação* de tença, com *vis* ou *clcirn,* e não transmissão da posse.

Assim entendeu o Códi9o Civil brasileiro, no art. 497, 2ª parte: assim como não autorizam a sua aquisição os atos violentos, ou clandestinos, senão depois de cessar a violência, ou a clandestinidade." A regra juridica do art. 1.572 refere-se a qualquer posse; e nisso estiveram acordes ainda os que viam na posse mediata fieçáo: tiveram de admitir que a posse mediata se transmitisse *ipso jure* (ci. S. Klein, *Der mittelbare Besitz,* 33, que tritura a resposta negativa de O. Wendt, *Der Besítz,* 48 e 68-70). Hoje, não há qualquer dúvida (O. Gierke, *Die Bedeutunq des* Fahrnisbesitzes, 7; F. Sprenger, Dos *Wesen des* Besitzes, 28); e admira que a houvesse (cl. H. Straaten, Rechtsstellung *des rnittelbaren Besitzers,* 7 s.; A. Fraricke, *Zur* Lebre *vom mittelbaren* Besitz, 33 s4. O que se operou com a distinção entre posse imediata e posse mediata foi a subida de casos a que se chamava de detenção àaltura conceptual da posse; a outra sempre se transmitiu, antes de tal dicotomia.

No art. 1.572 não se falou do legatário, porque esse tem direito à posse (ci. L. Barteis, Ausfúbrungen zur Besitzlehre, *Gruchots Beitràge,* 42, 645 s.; E. Strohal, *Der* Scichbesitz, 29). A posse vai ao herdeiro e esse a passa ao legatário, com os caracteres, com que a recebeu. Assim se explicam os arts. 1.572 e 495.

A posse vai ao nascituro, como se já estivesse nascido; ou a quem, se o feto não nasce com vida, é herdeiro.

Passa-se o mesmo em caso de sobrevir sentença sobre indignidade do herdeiro (art. 1.596); ou decisão sobre deserdação, isto é, se não provada a causa (arts. 1.741-1.745). O indigno recebe a posse como o nascituro; o deserdado tê-la-á recebido se não for provada a causa.

Quanto ao fideicomissário, não recebe ele posse, quer mediata, quer imediata (E. Strobal, *Der Sachbesitz,* 19; contra, E Kniep, *Der Besitz,* 161). A restrição temporal ao poder de dispor do fideicomissário não importa em restrição da posse (E. Rrzibilla, *Ei-werb iind Verlust* des *rnittelbaren Besitzes,* 71).

Se há devolução dos bens da fundação a outra, ou outras, segundo o art. 30, tudo se passa como a respeito das pessoas físicas (arts. 1.572 e 495), por analogia (E. Strohal, *Der Sachbesitz,* 104). Na espécie do art. 741, a posse imediata vai ao possuidor mediato.

Se o decujo tinha a posse mediata e o herdeiro era possuidor da imediata ou algum, alguns ou todos os herdeiros eram possuidores imediatos da coisa, àquele ou àqueles que o eram vai, por herança, a posse mediata, tornando-se plena a posse (E. Przibilla, *Erwerb* und *Verlust* des *mittelbaren Besítzes,* 70). *Se* a posse fora partilhada pelo decujo ao herdeiro ou herdeiros possuidores imediatos, interpôe-se a posse mediata inferior do inventariante, como se interporia se não tivesse sido. Todavia, se o bem épartilhado a outrem que o herdeiro possuidor imediato, foi ele compossuidor mediato até a partilha e fica somente possuidor imediato, como ao tempo da morte do decujo, após a partilha. A posse do que se crê herdeiro sem no ser não é posse adquirida segundo o art. 1.572, nem, a respeito dela, se há de invocar o art. 495. Inclusive se a pessoa é herdeiro, porém não da coisa cuja posse tem, sem tê-La herdado. Não cabe, ai, o *Mortuus facit possessorem vivam* sine *ulici* apprehensíone com que Tiraquelio traduziu *Le mort* saisit *le* vil. Tal posse provêm de ato-fato, que é o do art. 493, 1, ou de outra causa do art. 493, II e III, e não da regra jurídica do art. 1.572.

No art. 1.572, a Lei está a regular o problema da sucessão (a morEle, por si só, é fato juridico *strícto sensu,* cujos efeitos atingem o patrimônio transmissível); dai a singularidade, que espantou a E. Matthiass, de se cogitar, em lei, do que apenas estava no mundo fático. As razões que a lei tem para que assim se estatuisse não importam: não é de crer-se que fosse o estarem os herdeiros na casa e que faleceu o decujo (posse, no art. 990,11, do Código de 1973, é só a posse imediata), O herdeiro pode lá não estar e, até, ser desconhecido: a despeito disso, a posse transmite-se-lhe. Por outro lado, o herdeiro herda a posse, ainda se o direito à posse, a que ela correspondia, não é herdável (W. Cmli, *Der* Besitz des *Erben,* 53). Se a coisa pertence a sociedade não-personificada, a posse vai aos herdeiros do sócio morto, segundo o art. 1.572.

3.

Posse do chefe de sociedade conjugal. A aquisição *ex leqe* pode não ser por herança. A lei estabelece outros casos como o da posse do marido quanto aos bens da mulher que entram para a comunhão: posse da mulher passa a ser posse da mulher e seu marido; e o mesmo ocorre quanto à posse dos bens do marido que entram para a comunhão.

Quanto aos bens do outro cônjuge, á em virtude da lei que o marido tem o direito e a pretensão a investir-se na posse,

— a posse não lhe passa, *ipso iure.* Administração assume-se. Se o marido não tem a administração legal, não tem a posse, nem o direito e a pretensão a entrar na posse. Na comunhão universal, a propriedade *e a posse* dos bens são comuns (art. 266); na comunhão parcial, idem, quanto aos bens comuns. No regime dotal, a posse dos bens dotais é *ex lege.*

Qualquer que seja o regime de bens, quanto aos bens particulares do cônjuge que hajam de ser administrados peio outro há direito e pretensão a imissão em posse, por ato próprio, ou judicial, e não posse *ex lege.* Quanto aos bens particulares do cônjuge de que o outro não tenha, por Lei, ou pacto antenupcial, a administração, não há pensar-se em posse, nem em direito e pretensão à posse.

Quanto aos bens comuns, a posse é *ex Iege.* Cada cônjuge tem a posse, com causa e caráter. Quanto aos bens particulares que são administrados pelo outro cônjuge, antes da posse há direito e pretensão à posse imediata, ficando o dono dos bens administrados com a posse mediata. Se o Cônjuge cujos bens têm de ser administrados só tem a posse mediata, o cônjuge administrador assume posse mediata inferior, intercalando-se entre a posse do cônjuge e a do estranho. Quanto ao serviço da posse, o cônjuge administrador, que assume a posse, passa a ter como servidor da posse o que estava, até que se dê substituição, segundo os princípios. A posse mediata do cônjuge que não tem a administração é assente em doutrina (G. Planck, *Kommentar,* III, 4ª ed., 87; E. Strohal, Der Sachbesitz, *Jherings Jahrbúcher,* 38, 14; E Kniep, *Der Besitz,* 114; H. Bubi, *Das Recht der beweglichen Sachen,* 23; Eugen iosef, Erläuterungen zu den Besitzklagen, *Archiu for BOrgerliches Recht,* 15, 268; P. Oertmann, Das Besitzrecht des Ehemanns, *iherings Jahrbàcher,* 44, 214 s.; H. Ullmann, Zur Lehre vom Besitz des Mannes, *Ai-chiti fOr BOrgerliches Recht,* 22, 106 s.; sem razão, E Endemann, *Lehrbuch,* II, 176 e 731 s.).

A mulher é possuidora dos bens comuns, como o é o marido. Se a ação possessória é contra a posse pelo casal, e necessariamente o é se a ação se cirige a qualquer dos cônjuges e há comunhão do bem, tem de ser citado o outro cônjuge. Se a ação possessória é exercida pelo chefe da sociedade conjugal nem por isso se lhe dispensa a postulaçâs pelo outro cônjuge, em se tratando de bem comum: é parte. Não se trata de assentimento à ação do outro cônjuge quanto à acão referente a bens próprios. Se o chefe da sociedade conjugal, marido ou mulher, não é dono do bem e só é administrador da posse do outro, essoutro é

necessariamente possuidor mediato e tem de ser citado na ação possessória, ou ser autor (litisconsorte ativo) na ação possessória. A administração do marido não lhe dá poder de litigar quanto a bens alheios. A concepçao de Ullmann (Einige Streitfragen, *Archiv* fíir *die civilistische Praxis,* 92, 306

s.) de ser o chefe da sociedade conjugal titular de direito Umitário matrimonial foi repelida, bem como a posse exclusiva de que a principio se falou (e.q., L. Enneccerus e H.O. Lehmann, *Das Búrqerliche Recht,* II, V ed., 456).

A pretensão á posse, pelo marido, que lhe nasce da lei, exerce-se contra terceiros. Não contra a mulher. Se alguém obsta ao exercício do dinito à possa, comete ato proibido, e a contrariedade a direito não tira ao marido, como chefe de familia, o direito de imitir-se por ato próprio. Passa-se o mesmo quanto àmulher, se tem ela a direção do casal. O

direito é a imitir-se na posse. Independe da vontade do cônjuge, uma vez que o outro tem a administração do bem; e *erga* ormnes, porque é direito formativo real. Contra terceiros vai a açãd; contra a mulher, idem: há o direito, há a pretensão; há a ação. Resta saber-se se o marido pode — contra a knntade da mulher — exercer o direito à posse; isto é, criar-se, a despeito da atitude da mulher, a tença. A solução, quanto a bens comuns, teria de ser afirmativa. A questão limita-se aos bens particilares da mulher. Tratar-se-ia de justiça de mão própria proibida. Quanto à justiça estatal, apodem o marido e a mulher pleitear entre si, durante a sociedade conjugal, salvo *)ex specia lis?* O

prob~ma foi assaz discutido no direito alemão e, se Konrad Cosack *(tehrbuch,* II, 6ª ed., 562) e outros, poucos, admitiram a força do chefe da sociedade conjugal, a maioria opôs-se a isso, e com toda a razão (G. Planck, *Kororaentar,* IV, 44 ed., 187; A. B. Schnidt, *Das húrgerlíche Ebe,* 211 5.; O. Opet, *Farailienrecht,* 1, 129 5.; 7h.

Engelmann, em 1 *v. Staudingers Kororaentar,* IV, 1, 211; H. Dernburg, Das *Búrgerliche Recht,* IV, 154; sem razão, W. von Stubenrauch, *Verwaltung und Nutzniessung des Eheraanns,* 3). O chefe da sociedade conjugal pode pedir, judicialmente, a posse: se a mulher alega que o marido não presta os frutos ou há risco na entrega dos bens, ou na administração, a decisão judicial é no sentido de prestá-los o marido ou de dar garantia à prestação futura, ou contra os riscos (Martin

Wolff, *Lehrbuch,* II, 2, § 47, 189).

Após a imissão na posse, o chefe da sociedade conjugal tem a situação possessória que corresponde à posse que recebeu. E possuidor como qualquer outro. Não há, porém, presunção legal de que os bens particulares da mulher estejam sob a posse do marido (O. Warneyer, *Koraraentar* II, 573; sem razão, O. Opet, *Das Familienrecht,* 1, 130).

Se a mulher só é possuidor mediato, a passagem da posse mediata inferior ao marido opera-se sem qualquer imissão na posse. À mulher cabe o grau seguinte, superior. Se a mulher tem posse imediata e continua a tê-la, a posse do marido administrador af asta-a da posse imediata. Se a mulher herda bens que hão de ser administrados pelo marido, a posse mediata passa à mulher, *duradouramente,* e a posse imediata ao marido, *através* (instantaneamente!) da mulher. O que se disse a respeito do marido incide quanto à mulher se ela administra os bens do marido.

Se a mulher tem bens que escapam à administração do marido, não há pensar-se em direito do marido à posse.

Qualquer posse que tenha é negocialmente conferida.

4.

Posse de *quem exerce múnus público.* Passa-se quanto aos que exercem múnus o que mostramos a respeito do chefe da sociedade conjugal.

a) O liquidante, o síndico e o inventariante têm direito àposse e pretensão à posse. O administrador das massas concursais é legitimado à posse pelo fim mesmo da sua função: não representa o devedor insolvente (cf. Lippmann, Rechtliche Stellung des Konkursverwalters, *Jherings Jahrbúcher,* 41, 113 si. O devedor comum fica na situação de possuidor mediato, ou de possuidor mediato de grau superior, conforme sua posse era imediata, ou mediata (L.

Barteis, Ausfúhrungen zur Besitzlehre, *Gruchots Beitrdqe,* 42, 645 s.; 1-1. Hoos, *Besitzerwerb und Besitzerhaltung dtirch Stelluertreter,* 42; R. Mothes, Die *Beschlagnahme, 99;* sem razão, L. vcn Seuffert, *Deu* tsches Konkursprozessrecht, 283). De modo nenhum há condicionalidade na posse mediata do deve— dor comum (sem razão, E Kriiep, *Der* Besitz,

148, e R. Heinrichs, *Besitzerwerb und* Besitzerhaltting durch *Stellvertreter,* 54); mesmo porque o possuidor mediato não tem direito à posse de outrem, mediata inferior ou imediata, mas pretensão à restituição (E. Przibilla, *Erwerb* und *Ver! uM des mi ttelbaren* Besitzes, 63), e o argumento falha: o sindico ou administrador da massa concursal tem posse imediata como o usufrutuário, ou o depositário. Quanto à posse mediata dos credores, tal posse não existe, como pretenderam F. Kniep *(Der* Besitz, 148 s.) e M. Gártner *(Der gerichtliche Schutz gegen* Besitzverlust, 150); salvo, é claro, os credores de posse, ou de domínio e posse. Credores não estão em relação fática com a coisa.

b)

Quanto ao porteiro do juízo da execução, ou ao leiloeiro, nos leilões judiciais, o juízo é que tem a posse mediata e ele a mediata inferior ou a imediata, conforme as espêcies. Não representa o credor (sem razão, P.

Riedinger, Rechtliche *Stellung des Gerichtsvollziehers, 4, e* R. Falkmann, Die *Zwangsvollstreckung,* 283 s.). Nem o credor é possuidor mediato entre o devedor e o juízo ou o porteiro ou o leiloeiro judicial (sem razão, H. Bubi, Dos *Recht der* beweqlichen Sachen, 23, E Kniep, *Der* Eesitz, 103, R. Mothes, Die *Beschlagnohme,* 103; contra ele, R.

Heinrichs, *Besitzerwerb iind Besitzerhaltung, 47, e* Voss, Der Pfándungsakt ais Besitzerwerb, *ZeítschriJt fOr* Vollstreckungsrecht, 12, 123 s.; Schenke, *Besitz des Gerichtsvollziehers,* 49). Nem se pode dizer que, em todos os casos, o porteiro ou o leiloeiro seja apenas servidor da posse para o Estado. A penhora faz-se pela tomada de posse pelo juizo, sem que seja preciso retirar-se a coisa. No direito brasileiro, o oficial de justiça executa o mandado judicial, estando separadas a função do oficial de justiça e a do porteiro ou leiloeiro judicial a que incumbe a hasta pública.

Ambos recebem do juiz a sua função, razão por que não há ato de entrega pelo oficial de justiça ao porteiro ou leiloeiro. A posse mediata está com o Estado, com o juiz, que a exerce por atribuição da posse imediata ao oficial de justiça, ao depositário (inclusive o devedor!) e ao porteiro, se é o caso de lhes dar a posse imediata. Se o devedor fica como depositário, é ele o possuidor imediato: tirou-se-lhe a posse imediata, ou se lhe mudou a posse que tinha, e depois, sendo nomeado depositário, se lhe deu a posse inferior. Não devemos ver no credor possuidor mediato. Se bem que essa seja a solução alemã

(ainda recentemente, E. Kniep, *Der Besitz,* 143; K. Rummler, *Der Begriff* des *mittelbaren* Besitzes, 30; A. Schónke, *Zwanqsvollstreckungsrecht,* 141, e Rudolf Bruns, *Zwangsvollstreckungsrecht,* 91), não se coaduna com o sistema juridico processual brasileiro, nem corresponde à estrutura mesma da relação juridica processual de execução (credor, Estado; Estado, devedor).

O direito brasileiro é, *de iure condendo,* certo. O Estado não entrega a posse ao credor, porque ainda não "executou." Resta o problema do devedor Esse continua com a posse mediata de grau superior (cf. L. Rosenberg, *Lehrbuch des deu tschen Zivilprozessrechts,* 919), até que perca a propriedade e a posse ou só a posse se foi a posse mesma que se teve como de valor extraível. Não se pode admitir que o devedor, com a penhora, perca *toda* posse, — o juízo apenas o mediatiza. Por isso mesmo, tem de defender a posse contra o que Iha negue; *e* não passa ao juizo, como seria de admitir-se se perdesse toda posse, toda defesa. Esse ponto é assaz importante para o prazo preclusivo ou prescricional das ações possessórias. A concepção de R. Mothes *(Die Beschlaqnahme,* 102), quanto a ser o devedor, que fica com os bens em guarda, servidor da posse, ê insustentável. No direito brasileiro, explicitamente, é depositário, como os outros depositários. Nem no é o credor se se penhora em mãos dele coisa que pertence ao devedor: o credor tinha posse, ou tença; continua de tê-la, se compativel com a penhora; se tem de ser nomeado depositário, passa a ser possuidor imediato (também aqui, contra R. Mothes, 105, E. Przibilla, *Erwerb und* Verlust *des rnittelbcren Besitzes, 64)*.

c) O inventariante também tem direito à posse; não tem, *ex lege,* a posse. Desde o momento em que assume a posse da coisa, mediatiza-se o herdeiro, ou mediatizam-se os herdeiros. Se, a despeito disso; o herdeiro fica na posse imediata, há três posses: mediata, superior, a do herdeiro ou dos herdeiros; mediata, inf e-nor, a do inventariante; imediata, a do herdeiro, ou dos herdeiros. Os herdeiros podem compossuir mediatamente e um só deles ou só alguns deles possuir imediatamente.

d) Quanto ao locador e demais pessoas a que se refere o art. 776, têm o direito à justiça de mão própria, de que trata o art. 779, cabendo-lhes pedir a homologação de que se fala no art. 780 (cf. Tomo VI, 5). Diz o art. 776: "São credores pignoraticios independentemente da convenção: 1 - Os hospedeiros, estalajadeiros ou fornecedores de pousada ou alimento, sobre as bagagens, móveis, jóias ou dinheiro que os seus consumidores ou fregueses tiverem consigo nas respectivas

casas ou estabelecimentos, pelas despesas ou consumo que aí tiverem feito. II - O dono do prédio rústico ou urbano, sobre os bens móveis que o rendeiro ou inquilino tiver guarnecendo o mesmo prédio, pelos aluguéis ou rendas.

E o art. 779: "Os credores compreendidos no referido artigo podem fazer efetivo o penhor, antes de recorrerem à autoridade judiciária, sempre que haja perigo na demora." O que exerce o direito formativo do art. 779 faz-se possuidor mediato, até que se homologue o seu ato. Após a homologação, a posse mediata está declarada (elemento declaratôrio da decisão judicial, que é constitutiva). O Código Civil, no art. 780, permite que o credor pignoraticio do art. 776 do mesmo Código, "tomado o penhor" (o objeto está ao alcance de tais credores), peça (lá se diz requeira),

"ato continuo", a homologação, apresentando, com a conta por menor das despesas do devedor, a tabela dos preços, junto àrelação dos objetos "retidos", "pedindo" a citação dele para, em vinte e quatro horas, pagar, ou alegar defesa. O

art. 874 do Código de Processo Civil repete a regra de direito material: "Tomado o penhor legal nos casos previstos em lei, requererá o credor, ato continuo, a homologação. Na petição inicial, instruída com a conta pormenorizada das despesas, a tabela dos preços e a relação dos objetos retidos, pedirá a citação do devedor para, em vinte e quatro (24) horas, pagar ou alegar defesa." No parágrafo único: "Estando suficientemente provado o pedido nos termos deste artigo, o juiz poderá homologar de plano o penhor legal." A pretensão é a de constituir penhor, intermédia entre a pretensão a executar por ato próprio e a de executar mediante exercício de ação de execução, e entre a ação do art.

585, ~ 1ª parte, com força executiva, e a de execução de sentença. Não perde o seu caráter de pretensão de direito material à eficácia do crédito pela constituição da garantia. Sem o exercício dela, há apenas o privilégio do art. 1.566, VI, do Código Civil, que não depende da "tomada de posse", da "prenda", como diriam os velhos documentos portugueses. O penhor só se estabelece com a força formal da sentença constitutiva. E certo que, no art. 779, o Código Civil, prevendo casos de urgência ("sempre que haja perigo na demora"), admitiu que os credores compreendidos no art. 776 do mesmo Código possam "fazer efetivo o penhor, antes de recorrerem à autoridade judiciária." Clovis Bevilacqua *(Código Civil coraentado,* III, 350) considerou tal penhor como "constituído." O art.

779 do Código Civil foi tirado do Projeto de Coelho Rodrigues, art. 1.667, que não permitia tal interpretação. “Efetivo” estava lá por “de fato”, tanto que, após essa prenda, tinha o credor de se conformar com o pedido de homologação (art. 1.667 do Projeto Coelho Rodrigues, *verbis* “conformando-se com as disposições seguintes”). Quanto à questão da posse, que é, aqui, o que nos interessa, o credor que tornou “efetivo o penhor”, de acordo com o art. 779, tomou posse imediata, ou mediata, se deixou o devedor na posse imediata dos bens empenhados. O fato de não pedir, ato contínuo, conforme lhe exige o art. 780, de modo nenhum o torna credor sem posse, embora o devedor, que verifica a falta de homologação, possa retirar os bens à posse injustificada do credor, com ou sem reclamação judicial. Em todo o caso, nada obsta a que o credor renove o seu apossamento em penhor, promovendo, ato contínuo, a homologação. A exigência do ato imediato ao apossamento tem por fito obviar aos inconvenientes da tomada de posse pelo credor sem legalização que evite a luta pela posse no mundo fático. Diz o art. 874 do Código de Processo Civil: “Tomado o penhor legal nos casos previstos em lei, requererá o credor, ato continuo, a homologação. Na petição inicial, instruida com a conta pormenorizada das despesas, a tabela dos preços e a relação dos objetos retidos, pedirá a citação do devedor para, em vinte e quatro (24) horas, pagar ou alegar defesa.” No parágrafo único: “Estando suficientemente provado o pedido nos termos deste artigo, o juiz poderá homologar de plano o penhor legal.” E o art. 875: “A defesa só pode consistir em: - nulidade do processo; II - extinção da obrigação; III - não estar a dívida compreendida entre as previstas em lei ou não estarem os bens sujeitos a penhor legal.” Acrescenta o art. 876: “Em seguida, o juiz decidirá; homologando o penhor, serão os autos entregues ao requerente quarenta e oito (48) horas depois, independentemente de traslado, salvo se, dentro desse prazo, a parte houver pedido certidão; não sendo homologado, o objeto será entregue ao réu, ressalvado ao autor o direito de cobrar a conta por ação ordinária.” Se há homologação de plano, a posse pelo credor continua como posse de credor pignoraticio, tal como começou, se bem que, nesse penhor, não se haja de exigir que a posse imediata seja do credor (exceção ao art. 769); se o juiz entende que não pode deferir o pedido de homologação, *inaudita altera parte,* citado o devedor, estabelece-se a relação processual em ângulo, porém a posse, pefidente a lide da ação constitutiva, continua tal como se iniciou por ato do credor empenhante. Não homologado o penhor, então a decisão judicial desfavorável ao credor desconstitui o que de constitutivo tivera o ato de apossamento pelo credor, indo as coisas empenhadas ao réu. A decisão desf avorável é declarativa-negativa com eficácja

imediata constitutiva e mediata mandamental. Se o credor atende ao efeito constitutivo negativo, não se precisa de mandado do juiz; mas, se há qualquer óbice à desconstituição efetiva, o devedor tem jus ao mandado. A decisão desfavorável não impede que o credor exerça as pretensões e ações de cobrança, ordinária ou executivamente, nem a que arreste os bens pela mesma divida. Se a homologação foi negada apenas por falta de instrução da petição, pode o credor exercer o direito do art. 779 do Código Civil. Não há durante o processo posse mediata do Estado. A sua função é de integração da constituição do penhor.

e) No caso de exercício de poder do Estado — para desapropriar por exemplo — enquanto não se tira a propriedade, há posse mediata do Estado. Nas requisições para uso, o Estado apenas se faz possuidor imediato, mediatizando o possuidor da coisa.

§ 1.093. Sucessão na posse

1. *Sucessão a causa de morte.* A sucessão na posse é implícita na sucessão a causa de morte. Tal o que diz o art. 1.572.

Dá-se a transmissão, com os mesmos caracteres (art. 485). Toda a posse do decujo vai aos herdeiros, legítimos ou testamentários: posse de dono ou como dono, ou não; posse mediata ou imediata; adquirida de boa ou de má-fé. Com o art. 495, o Código Civil afastou qualquer atitude doutrinária que pudesse abstrair da má-fé anterior. Em todo o caso, se o herdeiro ou legatário assume de fato a posse, de boa-fé, essa boa-fé tem de ser levada em conta, *daí era* diante, para o prazo de usucapião (arts. 551 e 618). Por outro lado, não se transmite a posse que se perdeu com a morte mesma do decujo (roupa, anéis e dinheiro da pessoa afogada e não encontrada).

Na successio possession *is,* o sucessor continua a posse do sucedido. Na *accessio possession* is, o sucessor pode unir a posse à do sucedido. Ali, há uma só posse, que passa de uma pessoa a outra. Aqui, duas ou mais posses, que podem unir-se, ou não se unir (facultatividade da acessão da posse).

A sucessão é só a favor do herdeiro; não do herdeiro aparente (= o

que passe por herdeiro). Se A se cria herdeiro e se descobre B, que seja parente de grau mais próximo, foi a E que se transmitiu a posse, por força do art. 1.572 e segundo o art. 495; e não a A. Outrossim, se houve decretação de nulidade ou anulação do testamento em que A era herdeiro, ou se sobreveio a sentença sobre a indignidade de A, ou se foi rescindida a sentença que tivera a A como sendo o herdeiro: se A esteve, corporalmente, na posse, em virtude de invocação indevida da sucessão *(e.g.,* fora nomeado inventariante), o herdeiro tem de pedir àautoridade judicial, *ad instar* do que, *e.g.,* se regrava no art. 381 do Código de Processo Civil de 1939, a imissão na posse imedia

ta, e não a restituição da posse. Se a posse corporal foi obtida por ato de autoridade própria proibida (art. 489), então, sim, cabe a ação possessória, a despeito da alegação da aparência de herdeiro.

Se o herdeiro se investe, corporalmente, na posse, é como o que estava em situação de poder exercer o poder fático e o exerce. Não se deve dizer, como fazem A. von Tuhr *(Der Allgerneine Teil,* 1,140, e II, 1, 50 e 87) e Madin Wolff *(Lehrbuch,* III, 34, nota 5), que converte em poder fático a possibilidade do mesmo, porque seria reduzir-se o art. 1.572 a simples possibilitação, o que é contra a história e a sistemática da saisina. O herdeiro que toma, corporalmente, posse da herança, cria-se tença corporal, além da posse, poder fático, que se lhe transmitiu, — o que equivale a exercício dessa, e não a criação de posse possível. Tal explicação supera a concepção da simples *possibilidade* de poder fático, a favor do herdeiro, e a da desnecessidade da "posse" corporal como exercício. O que se transmite é o todo de efeitos da posse do decujo, — a posse, no sentido de conjunto de eficácia do fato jurídico *stricto sensu* da posse. impoda isso em dizer-se que os herdeiros *têm* de prosseguir no poder fático, como, aliás, o teria o próprio decujo, se neto tivesse morrido. Alguns autores confundem a transmissão dos direitos, pretensões, ações e exceções oriundos do poder fático com o poder fático corporal, que, em todo o caso, ás vezes é *sem discontinuidade* em alguém que suceda ou seja meeiro (Código de 1973, art. 990,11, *uerbis* "posse do espólio", e Código Civil, art.

1.580.)

Se algum não-herdeiro toma posse de bens da herança, inclusive pela simples prática de atos possessórios, antes de alguém exercer a posse transmitida, *já ofende* a posse do herdeiro, ou dos herdeiros; e nascem ao herdeiro, ou aos herdeiros, as pretensões e ações dos arts. 499-509,

521 e 523. Por sua vez, contra o herdeiro, ou contra os herdeiros, vão as pretensões, ações e exceções possessórias que nasceram contra o decujo como possuidor. Os arts. 502 e 506 são também invocáveis. Se ao decujo em vida nasceram as pretensões, ações e exceções possessórias *(e.g.,* alguém lhe roubara jóias ou títulos ao podador, ou se apoderara de terras dele), tais pretensões, ações e exceções tem o herdeiro, ou as têm os herdeiros, com todas as suas caracteristicas (cf. art. 495). A posse imediata dos bens trazidos pela mulher passa, com a celebração do casamento, ao marido, se esse está em situação de poder exercer o poder fático (arts. 230 e 496, parte, *verbis* "continua de direito"). Tratando-se de comunhão de bens, dão-se a sucessão transíativa *mais* a sucessão constitutiva ao marido quanto à administração. Do inventariante, que faleceu, ou foi removido, ao novo inventariante, ou dos administradores de massa aos seus sucessores, há sucessão universal na posse, mas ai se precisa do mandado judicial ou da ação de imissão na posse (no Código de Processo Civil de 1939, arts. 381-383). Note-se a presença em relação ao caso do herdeiro que quer a posse imediata, que estava com o inventariante.

O que se transmite, em virtude do art. 1.572, é a posse, e não só o direito à posse, como pretendeu, sem razão, a 1ª Câmara Civil do Tribunal de Apelação de Minas Gerais, a 19 de junho de 1941 *(RF* 88/466): "A posse, que se transmite do defunto aos seus herdeiros, não é a que se caracteriza por um estado de fato, porque, na verdade, a posse, estado de fato, termina com a morte do de *cuius;* o que se transmite é o direito de continuar a posse do *de cuius;* a dizer, adquire o herdeiro ou legatário a posse, por concessão legal, com os caracteres da posse anterior." Não se precisa de qualquer ato de posse (Corte Suprema, 1ª de agosto de 1934, *RT* 108/374: "A posse presume-se continuada e exercida sem interrupção pelo respectivo titular, e se transmite a seus sucessores sem necessidade de qualquer manifestação de tradição simbólica, permanecendo em poder dos sucessores, enquanto nutrirem o propósito de terem a coisa possuída sob a ação de sua vontade ou até que a possibilidade de dispor fisicamente dela haja desaparecido por ato de terceiro."). A decisão da Corte de Apelação do Distrito Federal, de 13 de novembro de 1919, que exigiu a prova de ser único herdeiro ao que invocara o art. 1.572, foi contra direito. Após a partilha, possuidor éaquele a que foi partilhada a posse (cf. 5ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 7 de novembro de 1947, *RT* 172/189).

Antes, ou o herdeiro único ou todos os herdeiros possuem.

2. *Sucessão entre vivos.* No direito brasileiro, não se diz que a posse se transmite ao sucessor universal entre vivos, com os mesmos caracteres, como se disse a respeito da sucessão universal m *ortis causa.* No art. 496, V parte, apenas se estatuiu que "o sucessor universal continua de direito a posse do seu antecessor." Temos de examinar duas espécies: *a)* a da sucessão universal, transíativa, em patrimônio, excluída a sucessão a causa de morte (e.g., fideicomis so, sucessão de enfiteuse mo *rtis causa); b)* a sucessão constitutiva universal em patrimônio separado. Em *a)* entram a sucessão na posse, se o sucessor predecessor faleceu antes de exercer a posse do art. 1.572, ou de ter tomado posse do patrimônio, e a sucessão em virtude de ato de direito político previsto no art. 18, § 3ª, da Constituição de 1988 ou de agregação ou constituição de Municípios. Em *b)* entra a posse dos inventariantes que é exercício do poder fático, que a investidura no cargo lhes confere; portanto direito a tomar posse imediata, ou em ato de posse mediata entre a posse mediata do herdeiro e a de outrem.

No Código Comercial, o art. 455, alíneas 1ª e estabelece: "Aquele que possui por seus agentes, prepostos, ou mandatários, pais, tutores ou curadores, entende-se que possui por si. Quem provar que possuía por si, ou por seus antepossuidores, ao tempo do começo da prescrição, presume-se ter possuído sempre sem interrupção." A alínea servia à construção da proteção possessória, ao tempo em que a teoria não admitia as duas posses, a imediata e a mediata, em seus precisos conceitos. A 2ª alínea dá ao que alega a não-posse o ônus de prová-la, se o que possuia provou que possuía. Hoje, provado o poder fático pelo possuidor atual, o anterior, que prove a sua posse em algum tempo, estabelece verificação da historicidade da posse atual. Mas o Código Civil, art. 520,1V, afasta essa verificação se o possuidor atual não invoca a aquisição por sucessão.

§ 1.094. Transmissão ipso i *ure* da posse

1. *Conteúdo dos arts. 1.572 e 495.* A posse transmite-se aos herdeiros (arts. 1.572 e 495) e aos legatários do possuidor (art. 495); ao passo que os direitos não se transmitem aos legatários, com a morte do decujo. Aos herdeiros legítimos e testamentários, vai a posse, por transmissão, incluída na sucessão universal; aos legatários, transmite-se, mas a título singular Aos outros sucessores universais a posse não se transmite: o que tomou posse, a titulo de sucessor universal,

continua a posse do sucedido, de direito. Se, por exemplo, a posse do antecessor foi a 1, e a 3 o sucessor houve o poder fático sobre a coisa, a sua posse partiu,por força do art. 496, de 1, porém, por ser sucessor universal, com os caracteres da posse do sucedido. O sucessor singular, esse, nem continua a posse do sucedido, nem a posse a ele se transmite: a sua posse é *sua;* apenas se lhe faculta alegá-la só, ou, unindo a sua posse à do sucedido, alegar a do sucedido *mais* a sua. Quanto à aquisição, tanto ele quanto o sucessor singular têm de obtê-la, com o poder fático; quem desse não precisa é o herdeiro, legítimo ou testamentário, porque a ele a posse se transmite; quanto ao legatário, embora sucessor singular, se a recebe, recebe-a por transmissão.

A transmissão da posse ao herdeiro, legítimo da testamentário, é fundada nos arts. 1.572 e 495. Diz aquele, referindo-se ao fato da abertura da sucessão: "Aberta a sucessão, *o* domínio e a posse da herança transmitem-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários." A posse, que aí se transmite. aáo é somente a posse para a proteção possessória como também a posse para usucapir. No art. 495, que só se refere à posse para a proteção possessória, estatui-se: "A posse transmite-se com os mesmos caracteres aos herdeiros e legatários do possuidor." Para o efeito da proteção possessória, o que alude ao seu título de herdeiro não pode pretender outra posse que aquela que lhe veio: se de má-fé a tinha o decujo, a posse, que o herdeiro tem, apesar da sua boa-fé, é a posse de má-fé, que recebeu. Por força do art. 1.572, não precisa de obter poder fático: ele lhe vem, por força da lei. Ao legatário não é transmitida, desde logo, posse; com o recebimento do legado, a ele transmite-se a posse.

2. *Legatários.* Quanto ao legatário, o direito romano de modo nenhum admitia que se lhe transmitisse a posse (L. 5, *pr.,* D., de *diversis temporibus praescriptionibus* et *de accessionibus possessionum,* 44, 3): "Tem-se de ver se prejudica o vício do autor, ou do doador, ou do que me legou a coisa, se acaso meu autor não teve justo inicio para possuir; e opino que não me prejudica, nem me aproveita, porque, afinal, posso eu usucapir o que meu autor não pôde usucapir." Portanto, nem se lhe transmitia a posse, nem a sua continuava, sequer, a do decujo. O Código Civil, art.

495, estabeleceu a *transmissão* (o que é mais do que continuação) ao legatário: recebe ele o legado e fica na mesma posição, para a proteção possessória, que o herdeiro, bem assim quanto aos

caracteres.

§ 1.095. Continuação da posse

1. *Transmissão, continuação* e *união das posses.* Há a *transmissão* e a *continuação* da posse. Há, ainda, a *união das posses.* Na transmissão, o poder fático, que tinha o sucedido, passa ao sucessor, ainda que esse não no tenRa obtido.

Na continuação, o sucessor, que obtém o poder fático, continua a posse do sucedido. Na união das posses, o sucessor singular (exceto o legatário), que obtém o poder fático, pode unir a sua posse à do autor, ou não na unir: fica a seu critério, e tão-só a ele.

2. *Continuação da posse.* No direito brasileiro, a figura da continuação da posse foi adotada para todos os sucessores universais aos quais a posse não se transmite (art. 496: "O sucessor universal continua de direito a posse do seu antecessor; e ao sucessor singular é facultado unir sua posse à do antecessor para os efeitos legais."). Diante dos arts.

1.572 e 495, ou de seus similares noutros sistemas jurídicos, ou se tomaria o caminho da interpretação deles como só referentes aos beneficiados a que se referem (nos arts. 1.572 e 495, "herdeiros", "legatários"), ou se estenderia aos outros sucessores universais, em vez de somente aos herdeiros, o art. 1.572 e a 1ª parte do art. 495, verbo "herdeiros." No direito civil alemão, por exemplo, o § 857 correspondeu ao art. 1.572 e, como esse, só se referiu à sucessão hereditária. Otto von Gierlie *(Deutsches Privatrecht,* II, 242), C. Crome *(System,* III, 17, nota 33), RarI Rober *(J. u.*

Staudingers Kororaentar, III, 8ª ed., 33), Martin Wolff *(Lehrbuch,* III, 2T - 32ª ed., 35) e sequazes levaram aos outros sucessores universais o estrito § 857, sem argumentos convincentes, apenas para atenderem a considerações de ser necessário (?) que a posse continuasse, nos sucessores universais, com os seus caracteres. Mas isso seria admitir-se o mais, para se dar o menos. Repeliram tal extensão J. Biermann *(.Sachenrecht,* 3ª ed., 9) e L. Rosenberg *(Sachenrecht,* 57 e 61). Não há dúvida quanto a existir problema de técnica, ou, pelo menos, de

técnica interpretativa legislativa: o que alegasse a sucessão universal devia sofrer a continuidade. Porém essa razão, para a continuação, não era assaz para a transmissão, *ipso iure,* da posse: seria levar-se a setores estranhos o que histórica e sistematicamente só concernia ao herdeiro. Com os arts. 1.572, 495 e 496, o Código Civil brasileiro deu solução plenamente aceitável: a posse do decujo *transmite-se* aos herdeiros, desde a abertura da sucessão (art. 1.572) e aos legatários, se "recebem" o legado (arts. 495, 2ª parte, e 1.690); os sucessores universais, fora os herdeiros, *continuam* a posse, por força da lei, se obtiveram o poder fático (art. 496, lã parte); os sucessores singulares, fora os legatários, podem unir a sua posse à do antecessor (art. 496, 2ª parte). Se o sucessor universal, que adquiriu a posse, não alega a sucessão, a sua boa-fé há de ser levada em conta para se considerar não-viciosa a sua posse. Assim, é falso, no direito brasileiro como no direito alemão, que, sendo viciosa a posse, o sucessor universal a recebe como tal, ainda que de boa-fé (sem razão, M. Wolff, *Lehrbuch, III,* 27ª∼32ª ed., 46: *Er bleibt fehlerhaft in der Hand eines jeden, auch des redlichen, GesamtnachJolgers)*.

A solução alemã não édiferente; porém o Código Civil brasileiro tirou vantagem em distinguir, nos arts. 495 e 496, 1ª

parte, a *transmissão* (art. 1.572), que é com todos os caracteres, e a continuação que apenas éconteúdo de direito formativo geral (art. 496, 1ª parte, *verbis* "continua de direito a posse").

O art. 1.572 trata de aquisição da posse, e não de perda. Por isso mesmo, ainda se intransmissível o direito, de que advém a posse, há a transmissão. Quanto às posses que correspondiam a do decujo (e.g., a do locatário do prédio de que o decujo tinha a posse mediata), nada estatui o art. 1.572. A posse do decujo transmite-se embora não se transmita a de quem era possuidor mediato, se o decujo era imediato, ou a de quem era possuidor imediato, se o decujo era possuidor mediato, ou a de quem era possuidor mediato, se o decujo tinha outra posse mediata.

Uma das conseqüências práticas do art. 1.572 é que o herdeiro da posse, mesmo que ainda não tenha entrado na tença da coisa, tem a proteção possessória como a teria o decujo, se vivo fosse. Não importa se o esbulho ou a turbação foi anterior ou posterior à morte do decujo. Tem ele o desforço próprio como o teria o decujo, se vivo fosse; e toca-lhe a tutela juridica como tocaria ao decujo. Os embargos do executado e os embargos de terceiro podem ser opostos por ele como

se a coisa já fosse sua ao tempo da medida constritiva que ela sofreu. Tem ele a defesa por *vitiosa possessio* contra o terceiro (a chamada *exceptio vitiosae possession is),* ainda que o vicio tenha sido ao tempo da posse do decujo. Também o terceiro a tem contra ele, ainda se ele não conhecia o vicio. Contra ele ~ a favor dele correm os prazos que se iniciaram contra o decujo. As pretensões, de que, oriundas de ofensa à posse, era titular o decujo, transmitem-se a ele.

Quanto à aquisição da posse, a despeito do vício (cessação da violência ou da clandestinidade), se não se operou vivo o de-cujo, pode operar-se depois, se após a morte cessa a violência ou a clandestinidade. Mas a ele também passa a tença da coisa, cuja posse foi violentamente ou clandestinamente tomada, embora —no direito brasileiro, devido ao art. 697, 2ª parte — ainda não se trate de posse.

Se alguma lei estabelece que responde por multa o possuidor da coisa, o herdeiro, que aceita a herança, responde por ela (Max Bambach, *Uber die Besitzvererbung,* 54 s.), quer a infração seja anterior, quer posterior à morte do decujo.

A atribuição da posse imediata ou de posse mediata intercalada pelo que tem a posse plena, ou a posse mediata mais a posse imediata, ou a posse mediata superior mais aquela que atribui, étransferência de posse. Já assim, sob o direito comum, E. Hruza *(Der Sachbesitzerwerb* corpore et animo, 274). Não importa se a tença era viciosa e ainda não se fizera posse (art. 697, 2ª parte); embora a tença viciosa não possa ser contada no cômputo da posse *ad usucapionera.* Em todo o caso, para as questões relativas à posse *ad interdicta* (art. 685), não se pode falar de transferência da posse, pois que, ex *hypothesi,* ainda não havia posse (Erich Nord, *Die rechtliche Natur der Besitzúbertragung,* 26).

Tudo se reduz, portanto, a poder afirmar-se que, onde só se trate de tença, o art. 1.572 pode ser invocado, para efeitos juridicos favoráveis, ou não, ao herdeiro.

Os arts. 495 e 1.572 são sem relevância para o direito penal. Por isso mesmo, somente se o herdeiro tem a tença da coisa, ciente de que a posse do decujo era criminosa, o direito penal pode considerá-lo criminoso, pela contrariedade a direito (i. Biermann, *Sachenrecht,* 15; ci von Olshausen, *Komraentar zura Strafgesetzbuch,* II, l1ª ed., 1.122 5.; A. Lobe, *Uber* den *Einfluss des BGB. aul des Strafrecht,* 26 5.; Max Bambach, *Uber die Besitzvererbung,* 47

s.).

Quando se estabelece em contrato social que, morto um dos sócios, a sociedade continua com os restantes, os restantes continuam com a posse imediata e a posse mediata vai à sociedade. Se há personificação, a sociedade, tal como passa a ser, continua com a posse imediata e com a mediata, porque não se lhe alterou a continuidade da vida, à parte da vida dos membros.

§ 1.096. Problemas relativos à aquisição da posse

1. *Posse* e *servidão.* As servidões, entenda-se, sejam F *aciendi,* sejam *habendi,* sejam prohibendi. Desde que o *tignura* foi *immissum,* desde que trave foi posta, começou a *possessio tigni iramittendi* (cf. L. 20, *pr.* D., de *servitutibus proediorura urbanorum,* 8, 2), que é *servitus habendi:* tem-se o poder de usar do lugar, ou base. Todavia, é preciso pensar-se em que fatos há que podem compor a situação possessória sem se ter ainda posto a trave, ou a parede, de modo que é mais vasto o conceito de posse da servidão *habendi* que o de exercício do *ius habendi,* ou de exercício da própria posse. A servidão de passagem pode ser possuída e de certo o é desde que se começa de passar pelo fundo alheio sem ser a título precário, ou de tolerância, razão por que, se não se vê o passar (= não é aparente a servidão), há, necessariamente, presunção *facti* de ser prática tolerada, e não possessória. Aí, a servidão *fac iendi* pode existir, mas teria de ser alegada e provada a aparência ou a titulação pelo possuidor do prédio serviente ou por alguém de que o possuidor do prédio serviente houve a posse, ainda que remotamente. Quanto às servidões *prohibendi,* como a de não levantar mais alto *(servitus altius* non *toilendi),* são negativas, existem se o não-fazer ou o não-ocupar do possuidor do prédio serviente já se manifestou nele, com a atitude proibitiva do possuidor do prédio dominante.

2. *Interpretação do Código Civil, art. 509.* Três atitudes podem ser assumidas ante o art. 509: *A)* a de se ler o art. 509

e dar-se-lhe interpretação literal; E) a ~ interpretar-se o art. 509 de conformidade com o art. 697; C) a de admitir-se que a aparência e a continuidade possam estabelecer-se a respeito de servidões que, de

regra, são discontinuas.

A) Para os que seguem a atitude *A),* a questão da aparência nada tem com as servidões discontinuasi Não se poderia ler o art. 509 como se dissesse: "O disposto nos artigos antecedentes não se aplica às servidões contínuas não-aparentes, salvo quando os respectivos títulos provierem do possuidor do prédio serviente, ou daqueles de que este o houve" (o *que está certo) mais* "O disposto nos artigos antecedentes não se aplica às servidões discontínuas *não-aparentes,* salvo quando os respectivos títulos provierem do possuidor do prédio serviente, ou daqueles de que este o houve" *(o que está* era *letra grifa* não se *acharia no Código Civil).* Assim, a 1ª Câmara do Superior Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a 24 de maio de 1934 *(i* V/231, cf. 11/ 162): "A lei, como bem declarou a sentença agravada, não protege com o interdito possessório a quase-posse das servidões discontinuas, salvo quando estas forem tituladas e os respectivos títulos provierem do possuidor do prédio serviente ou antecessores deste (art. 509 do Código Civil).

Esta exceção estabelecida na lei não se verifica na espécie, não obstante terem as terras dos agravantes provindo de antecessores dos agravados, uma vez que nas respectivas escrituras de compra e venda não fora consignada a existência da servidão em apreço. Não lhe dando a lei o direito ao interdito possessório, por não proteger a quase-posse da servidão discontinua contra aqueles que a turbam, só resta aos agravantes valerem-se da ação confessória, onde deverão alegar e provar, nao a simples posse jurídica da servidão, mas o direito a esta"; a 1ª Câmara do Tribunal de Apelação do Rio Grande do Sul, a 30 de agosto de 1938 *(J* 13/598); as Câmaras Reunidas do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a 3 de outubro de 1947 *(RF* 117/ 194); a Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 26 de julho de 1927 *(RT* 63/72), 3ª Câmara, 6 de setembro de 1930 (75/274), a 4 de março de 1931 (79/394), 21 de março de 1933 (87/105); a 2ª Câmara da Corte de Apelação de São Paulo, a 11 de setembro de 1934 (96/197): "Em se tratando de servidão discontínua, qual a de trânsito, como na espécie, a posse é sempre precária e, na dúvida, ensinam os autores, a decisão épela liberdade do prédio. A presunção de precariedade, porém, é *iuris tantum* e cede mediante prova em contrário, consistente em titulo que provenha do possuidor do prédio serviente, ou daqueles de quem este o houve (art. 509 do Código Civil)"; a 4e Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 28 de setembro de 1938 (116/602; *RF* 77/503): "... a servidão em apreço se exterioriza por obras permanentes e visíveis, consistentes na construção da estrada, com seus mata-burros. Tal servidão deve ser

considerada aparente e contínua, merecendo proteção possessória, independentemente do título a que se refere o art. 509 do Código Civil." E) Contra a atitude *A)* alegam os que sustentam E) que o art. 697 permitiu a aquisição das servidões descontinuas aparentes: "As servidões não-aparentes só podem ser estabelecidas por meio de transcrição no registro de imóveis"; portanto, há aquisição das servidões descontínuas. Assim, disse a V Turma do Supremo Tribunal Federal, a 9 de novembro de 1943 *(Ai* 7 1/92): "O art. 509 não abrange, na melhor censura de direito, as servidões que, posto descontínuas, se revelam por obras visíveis e permanentes, casos em que o exercício da posse é inconfundível com atos de tolerância ou de favor. Se a posse, nessas condições, da servidão é havida por *ad usucapionera,* não se compreende que deixe de originar a ação possessória, efeito constante e especifico da posse." No mesmo sentido, antes, a Câmara Civil do Tribunal de Apelação de Minas Gerais, a 22 de janeiro de 1940 *(RT* 131/730): "Embora sem título servidão descontínua, como a de passagem, admissível é a proteção possessória quando o trânsito está evidenciado por sinais visíveis e tem o caminho servido sempre ao autor e por ele passam outras pessoas." Ainda a 1ª Câmara, a 20 de novembro de 1941 (RT 90/782): "O preceito contido no art. 509 do Código Civil não é de molde a privar sempre de proteção possessória as servidões de trânsito, não tituladas, pois a doutrina e a jurisprudência têm assentado que esse texto somente compreende as servidões de caminho que forem descontínuas, pela inexistência, no prédio serviente, de sinais de materialização do direito de trânsito por ele, não se aplicando, assim, às servidões dessa espécie, quando assinaladas por obras visíveis e permanentes, executadas no prédio serviente"; e 12 de março de 1942 (91/174): "Aqui não se trata de ação confessória, tendente ao reconhecimento da constituição de servidão de trânsito pelo prédio dos apelantes, em favor do prédio dos apelados. Tampouco se cogita de pedido de reconhecimento de servidão de caminho, em favor de prédio encravado. Inútil, portanto, indagar se os apelados, exibiram título de constituição de servidão de caminho, em devida forma, ou se provaram a sua quase-posse sobre a servidão em apreço, por mais de trinta anos, nada importando, outrossim, que o prédio deles não seja encravado, por ter passagem franca para a via pública, independentemente da passagem questionada. A presente ação é, simplesmente, de manutenção de posse, intentada por quem provou exercitar, há mais de ano e dia, a quase-posse de uma servidão de caminho, assinalado por obras visíveis e aberto em terreno de que nem sequer contestou o pedido dos apelados, e foi dirigida contra os apelantes, meros arrendatários do referido terreno, por contrato celebrado apenas dois meses e vinte e quatro dias antes de ajuizada a

demanda. Provado, portanto, como ficou, que os apelados têm posse *ad interdicta,* e que essa sua posse foi violentada, por ato recente dos apelantes, que não provaram melhor posse, e agiram, ao demais, à revelia do verdadeiro proprietário do terreno por onde passa o caminho, objeto do litígio, daí deflui, evidentemente, que a ação devia mesmo ser julgada procedente, na forma do pedido." A 1ª Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 3 de março de 1941 *(RT* 133/580), também se insurgiu contra a atitude *A),* que a jurisprudência de São Paulo seguia, e pôs claro: "A servidão de trânsito, descontínua como é, na ausência de obras visíveis e permanentes, somente pode ser protegida pelos interditos possessórios quando a sua constituição consta de titulo proveniente do possuidor do prédio serviente, ou daqueles de quem este o houve, nos termos do art. 509 do Código Civil"; a 2 de junho de 1941 *(Ai* 59/2 19): "Em regra, a servidão de trânsito ou de caminho é descontínua e não-aparente; mas em certos casos pode adquirir a natureza da continuidade e da aparência. Dá-se isto quando, segundo a brilhante demonstração do Prof.

Mendes Pimentel, o uso e gozo da servidão se manifesta por obras visíveis e permanentes nas quais o possuidor concretiza o seu direito de passar através do solo alheio. Esta opinião tem sido aceita neste Tribunal e no do Estado de Minas Gerais"; e a 3 de setembro de 1945 *(RT* 161/213): "Pode ser protegida pelo interdito a quase-posse de servidão de caminho atestada por sinais visíveis, como sejam cortes de barrancos, únicos possíveis no local." Idem, a 2ª

Câmara, a 10 de novembro de 1942 *(RF* 93/ 519), e as Câmaras Civis Reunidas, a 12 de fevereiro de 1943 *(RT*

146/275): "A servidão de caminho, aparente e contínua, pode ser protegida pelos interditos sem ofensa ao disposto no art. 509 do Código Civil." A 2ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 17 de junho de 1947 *(RT* 169/173), explicou por que assim entendia: "Dispõe o art. 509 do Código Civil que os interditos não se aplicam "às servidões contínuas não-aparentes nem às descontínuas, salvo quando os respectivos títulos provierem do possuidor do prédio serviente ou daqueles de quem este o houve." Esse dispositivo deve ser interpretado, tendo-se em vista outras normas legais. Assim é que, pelo art. 697, "as servidões não-aparentes só podem ser estabelecidas por meio de transcrição no registro de imóveis." E, segundo o art. 698, "a posse incontestada e contínua de uma servidão por dez ou quinze anos, nos termos do art. 551, autoriza o possuidor a transcrevê-la em seu nome no registro de imóveis, servindo-lhe de título a sentença que julgar consumado o usucapião." Vê-se, desses dois últimos artigos, que

somente as servidões não-aparentes é que não podem ser adquiridas por usucapião. Tratando da matéria, lembra Didimo A. da Veiga, *Manual,* IX, parte 1ª, Rio de Janeiro, Tip. do „Jornal do Comércio", 1925, nº 142, 233: "Os dispositivos do Projeto revisto foram inspirados pelos arts. 1.245, 1.246 e 1.247 do Projeto Felício dos Santos, que consagraram a constituição das servidões continuas aparentes, por qualquer modo; as discontínuas aparentes, pela prescrição trintenária (?9; e as não -

aparentes, nunca por prescrição. Não resta dúvida não ser a servidão não-aparente que repele a idéia de posse, as demais, isto é, as aparentes continuas ou discontínuas podem ser obtidas por prescrição. Se, pois, a posse conceituada no art. 698 do Código Civil pode gerar o usucapião em matéria de servidão discontinua, mas aparente, épouco compreensível que essa mesma posse não seja amparada por interdito. Desde que haja caminho aberto, com obras visíveis e permanentes, a servidão de 4ânsito é aparente e defendivel pela manutenção de posse." A nº Câmara, a 12 de março de 1948 (173/791), insistiu: "Essa regra tem sido temperada pela jurisprudência nos casos em que a servidão discontínua se transforma em contínua. Tratando-se de servidão de trânsito, que é discontínua, pode acontecer que o possuidor faça no prédio serviente obras visíveis e permanentes que concretizen-í1o seu direito. Em tais casos pode ele gozar da proteção possessória. O que, entretanto, não se pode sustentar, porque contrário a texto legal expresso, éque a servidão discontínua, não titulada, possa ser defendida por via do interdito possessório." Bem assim a 3ª Câmara Civil, a 6 de maio de 1948 (174/701): "A servidão de caminho é, em geral, discontínua, mas não se desconhece a possibilidade de ser admitida a sua aparência e continuidade, desde que assinalada por obras que atestem a sua existência. Quando assim se apresenta, não sofre a restrição imposta no art. 509 do Código Civil e tem a seu favor a proteção dos remédios possessórios. Nesse sentido tem-se orientado, com acerto, a nossa jurisprudência"; e a Câmara Civil, a 24 de novembro de 1949 (184/234).

C) A atitude C) manifesta-se na jurisprudência e de algum modo procede da argumentação de E Mendes Pimentel, no interpretar o art. 509 do Código Civil, cujos inconvenientes — interpretado literalmente — seriam enormes. Em vez de só se atender áconciliação entre o art. 509 e o art. 697, sustenta-se que a servidão de regra discontínua se pode tornar continua como se o possuidor do prédio dominante faz no prédio serviente obras visíveis e permanentes, em que se concretize a posse de passagem (1ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 22 de março de 1949, *RT*

180/323; 1ª Câmara Civil, 19 de abril de 1949, 180/655 6ª Câmara Civil, 11 de agosto de 1950, 188/ 805). As vezes a jurisprudência lança como princípio que, "sendo o caminho constantemente utilizado, a servidão de trânsito é contínua e goza de proteção possessória" *(e.g.,* 5a Câmara Civil, 28 de maio de 1948, 175/262), o que seria quarta opinião; porém tal jurisprudência resulta de pouco aprofundamento da questão, porque, se a servidão contínua precisa de aparência, ou de título, para ser protegida, o fato de se tornar contínua a servidão discontínua não a torna somente por isso protegível: teria de ser aparente, ou teria de ser apresentado o título, com os requisitos do art. 509. A 1ª Câmara Civil do Tribunal de Apelação de Minas Gerais, a 14 de março de 1945 *(RF* 104/515), também se agarrou ao argumento da transformação da servidão discontínua, como a 5ª Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 2 de março de 1938 *(RT* 114/157: "... a servidão em apreço se exterioriza por obras permanentes e visíveis, consistentes na construção da estrada, com seus mata-burros. Tal servidão deve ser considerada aparente e continua, merecendo proteção possesso-ria, independentemente do titulo a que se refere o art. 509 do Código Civil"); e a 4ª

Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 31 de outubro de 1949 (184/154): "Tratando-se de uma servidão de trânsito, relativa a caminho aberto ao uso do público há mais de trinta anos, assiste á Municipalidade o direito de impedir, pela ação possessória adequada, que os proprietários dos terrenos marginais turbem o seu uso. Sendo o caminho constantemente utilizado, a servidão de trânsito por ele é continua e goza de proteção possessória." 3.

No art. 509 do Código Civil não se *nega a posse.* O art. 509 não deve ser entendido como se a não-aparência do servir-se continuamente ou a simples discontinuidade pré-excluissem a possibilidade da servidão (sem razão, a 1ª

Câmara Civil do Tribunal de Apelação do Rio Grande do Sul, 29 de julho de 1940, ~*J* 17/ 207). Primeiro, o art. 509 é somente concebido para o plano da proteção da posse. Segundo, as servidões continuas e não-aparentes, como as ainda não-aparentes, discontínuas, também podem ser possuidas; e apenas é questão de fato saber-se se os atos que se praticam e as utilizações, que ocorrem, são apenas toleradas (art. 497, 1ª parte), ou configuram posse. A invisibilidade das servidões contínuas e a discontinuidade das servidões não-aparentes suscitaram problema técnico que o legislador italiano de 1865 (arts. 618 e 630) e o legislador do direito português anterior (art. 490) tentaram resolver, e deram solução sem grande meditação do assunto

e sem profundidade, por se aterem à distinção entre continuidade e discontinuidade. Foi a Comissão revisora (Projeto revisto, art. 600) que introduziu no Código Civil tal art. 509. Porém erro maior foi não se interpretar o art. 509 como elemento lógico do sistema do CódigQ Civil. No Código Civil português anterior, art. 490, de onde se tirou o art. 509, também as duas regras jurídicas são no plano da proteção possessória; porém tem isso significação especial no direito brasileiro, devido á teoria da posse, que se revela nos arts.

485-492. O título, ou títulos, a que se refere o art. 509, não é o título hábil à constituição do direito real, — é a outorga do poder fático porte arte do possuidor do prédio serviente, ou de pessoa de quem houve a posse, ainda remotamente (e.g., A outorgou, C adquiriu a posse, D adquiriu-a de C; B que se diz possuidor da servidão, a houve de A, ou E, que se diz possuidor da servidão, sucedeu a *B).* As servidões não *apa* rentes, continuas ou discontínuas, só se estabelecem por registro no registro de imóveis (art. 697). Mas, antes, há a posse. Tal posse não é protegida se o possuidor do prédio serviente alega e prova: *a)* que a servidão não é aparente, seja discontínua, ou contínua; *b)* que não houve qualquer título, oriundo de possuidor do prédio serviente, ainda no passado, ou, se houve, foi extinta a servidão (arts.

710 e 711). ~Compete ao réu ou autor o ônus da prova da não-aparência? No art. 697, que concerne ao elemento real, o ônus de alegar e provar cabe ao autor, evidentemente. O art. 509 nada resolve por si: o que se diz titular da servidão continua tem de alegar a posse e prová-la, não, porém, a aparência; o que se diz titular da servidão discontinua, tem de alegar e provar a posse; teria de provar a aparência de servidão contínua ou discontínua ou o título, se a proteção da posse, no Código Civil, não fosse inspirada no principio *Quieta* non *raovere.* Toda posse é protegivel; abre-se exceção para a posse das servidões contínuas não-aparentes e para a posse das servidões discontínuas não-aparentes. O réu é que tem de opor a objeção: *a)* contra a protegibilidade do possuidor da servidão contínua, — que a servidão não é aparente (= não se vê!), *e* que a posse da servidão não foi permitida pelo possuidor do prédio serviente; *b)* contra a protegibilidade do possuidor da servidão discontínua, que não éaparente, e que a posse da servidão não foi permitida pelo possuidor do prédio serviente. Portanto: se o prédio de E tem canalização invisível que passa pelo prédio de A, E tem posse de servidão continua não-aparente, que é poder fático, e há o interesse público em que se não altere, sem respeito à paz pública, o que está no mundo fático *(Quieta* non ,m *avere!).* Todavia, o réu pode opor a defesa de não-aparência da servidão contínua *e* não se tratar de posse, mas de ato de tolerância por parte do possuidor ou seus antecessores,

para o que basta alegar a falta de título, que aí é o título da aquisição da posse.

Se o possuidor da servidão continua não-aparente pede proteção possessória e o réu nada alega, o juiz não pode, de ofício, aplicar o art. 509. Se o possuidor da servidão contínua não-aparente pede proteção possessória e o réu alega que não éaparente, a ele cabe o ônus da prova; se nega o título, que aí éa fonte da posse, o ônus da prova passa ao autor (= o réu tem o ônus de alegar, se bem que não tenha o de provar). Se o possuidor da servidão discontínua não -

aparente pede proteção possessória e o réu nada alega, o juiz não pode, de ofício, aplicar o art. 509. Se o possuidor da servidão discontínua não-aparente pede proteção possessória e o réu alega que a servidão não éaparente, cabe-lhe prová-lo; se alega que o autor não é possuidor (= não tem título de posse está incluído na classe do art. 497, 1ª parte), o ônus da prova passa ao autor (= o réu tem o ônus de alegar, porém não o ônus de provar).

A servidão contínua não-aparente e a servidão discontínua não-aparente não gozam de proteção possessória se não há título de posse que provenha do possuidor do prédio serviente ou de pessoa de quem o possuidor o houve.

Exige-se o título que o possuidor do prédio serviente haja conferido; e não o título que provenha, necessariamente, do proprietário do prédio serviente, ou de pessoa de que a propriedade proveio. O art. 509 nada tem com os direitos de vizinhança, confusão em que incorreu a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, a 11 de dezembro de 1942 *(RF*

91/122). Se a servidão é contínua e aparente, não se exige titulo, — basta a posse mesma; se a servidão é discontínua e não-aparente, exige-se o título. Tem-se, portanto, que a servidão contínua aparente goza da proteção possessória, que se não confunde com a tutela do direito real de servidão; bem assim, a servidão discontinua aparente.

Em tudo isso houve grave equivoco. A servidão pode ser continua, porque o é o seu exercício, e discontínua, se discontínua é o seu exercício, Nada tem isso com a posse, que pode ser posse contínua de servidão discontínua e posse discontínua de servidão contínua. A continuidade ou discontinuidade da servidão somente tem importância no que respeita à aparência da posse. Também as

servidões, a contínua e a discontínua, podem ser aparentes, ou não-aparentes; de modo que fez bem a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, a 9 de novembro de 1943, em prestigiar a corrente que via na aparência ou não-aparência o elemento distintivo da posse protegivel das servidões. O que *aparece* é o poder fático, e não a servidão. Servidão aparente é aquela que, ao se exercer, aparece. Servidão não-aparente é aquela que, ao se exercer, não aparece. Cumpre, porém, que se não confundam aparência e scien *tia doraini* (§ 1.076, 2).

E óbvio que se há de provar a posse. Ainda que seja *a)* de servidão continua aparente que se trate, ou *14* de servidão discontínua aparente, ou de servidão não-aparente e) contínua ou *d)* discontinua (as duas últimas espécies em que se há de exigir o título), o pressuposto da posse é o primeiro dos pressupostos. Em julgamento pela Câmara Civil da Corte de Apelação de Minas Gerais, a 3 de junho de 1936 *(RF* 67/749), disse, com toda a propriedade, o relator do feito, o depois Ministro Orosimbo Nonato: o preceito não abrange a servidão discontinua que se revele por obra visível e permanente. O exercício da posse, então, não se confunde com atos de favor ou tolerância e, dentro, mesmo, do sistema legal, não é possível compreender uma posse que leva ao usucapião e não suscita proteção possessória, quando o interdito é o efeito constante e específico da posse" (cf. Câmara Civil do Tribunal de Apelação de Santa Catarina, 27

de março de 1944, *Jurisprudência,* 1944, 127).

Cumpre observar-se que mesmo a atitude *A)* mantém-se no plano do possessório, evitando-se que se desloque, com a exigência do título, para o plano do petitório, a discussão da *res deducta (e.q.,* Câmara Civil do Tribunal da Relação de Minas Gerais, 10 de maio de 1924, *RF* 43/91).

4.

Aquisição de posse não-própria. dá vimos que não há posse de direitos. Há posses cujo conteúdo fático corresponde ao de algum direito. Nem se confundem exercício de direito e posse. A posse, ainda quando o seu conteúdo não corresponde ao que seria conteúdo do direito de domínio, não depende de consistir em exercício de direito. O que importa, para a posse, é o poder fático, a possibilidade — fática — de se exercer poder sobre a coisa, quer se trate de posse própria, quer de

posse não-própria. A posse chamada das servidões é posse de coisa, como todas as posses imagináveis, no âmbito dos arts. 485-523 (C. G. Bruns, *Das Recht des Besitzes,* 476 5.; W. Stintzing, Besitz, Gewere, Rechtsschein, *Archiu Júr die ciuilistische Praxis,* 109, 534). A diferença entre a posse própria e a posse não-própria apenas consiste em que o conteúdo daquela é mais amplo que o dessa e entre as diferentes posses não-próprias, que se escalem desde a posse imediata, se dá o mesmo. Temos de livrar a doutrina dos que, borrando as linhas discretivas entre a posse e o direito, caem em confusões lastimáveis, a ponto de profligarem a distinção entre posse imediata e posse mediata como de fure *condendo* condenável. Em vez disso, a distinção é o resultado de evolução científica que se iniciou, a medo, no direito romano, e se fez peça legal de sistema jurídico no direito alemão, no suíço e no brasileiro (cf. E. Strohal, Der Sachbesitz, *(Jherings Jahrbzjcher,* 38, 17). A hierarquia mesma é de posses, e não de direitos.

A distinção entre posse de coisa e posse de direito deve ser repelida, — não, porém, porque só se devesse pensar em posses de direitos (= posse de domínio + posse de outros direitos), apagando-se a classe da posse de coisa, e sim porque toda posse éposse de coisa, e só há posse que seja posse de coisa. Posse própria não é posse de direito de domínio; posse imprópria do usufrutuário, ou do usuário, ou do habitador, não é posse do direito de usufruto, do uso ou da habitação, é posse que consiste no poder fático que seria o que teria o usufrutuário, ou usuário, ou o titular do direito de habitação, se exercesse o seu direito. A posse, em tais espécies, não é o exercício de fato do conteúdo do direito; é a possibilidade de se poder exercer o que o titular do direito poderia exercer. Está-se no mundo fático e no mundo fático se conserva quem possui. A p?oteção possessória é que se passa no mundo jurídico. Algumas proposições encontradiças em livros de alto valor traem o que subjaz de medievalismo e de direito canônico insuperado nos juristas que serviram, no entanto, áconcepção hodierna, que de modo nenhum confunde posse e direito, ou posse e exercício de direito *(e.g,1* A. Randa, Der *Besitz,* 89). Nem o objeto nem o conteúdo da posse é direito; nem é de tolerar-se que se lancem frases acientíficas como “posse é imagem do domínio”; ou “posse é imagem da propriedade.” Nem está no uti, frui e consumere o conteúdo da posse: pode-se ter posse sem se usar, fruir ou consumir; e pode-se usar, fruir e consumir sem se ter posse.

5. *Caráter da posse* e *sua* conservação. No art. 492 diz-se: “Salvo prova

em contrário, entende-se manter a posse o mesmo caráter, com que foi adquirida." Não se enuncia, no art. 492, de modo nenhum o Nerao *sibi ipse causara* possessionis mutare *potest.* Se a posse é de boa-fé, ao começar, tem-se como tal no tempo que se seguiu; se não mais há boa-fé, a prova incumbe a quem o alega. O art. 492 funciona como regra jurídica sobre ônus da prova.

6.

Posse e medidas de penhora e de constrição. A posse também pode entrar no mundo jurídico se ocorre penhora, arresto, sequestro, ou outra medida constritiva. O ato de início de execução forçada ou de constrição para segurança determina tal entrada. A entrada pode ser porque se penhore ou constrinja propriedade e posse, ou porque se penhore ou constrinja posse. A posse que tem o proprietário é penhorável com o direito de domínio, ou algum direito a que corresponda; e é penhorável a posse do não-dono, ou do não-titular do direito a que ela corresponderia. Quando se penhora como propriedade o que não é do executado, o terceiro pode vir com os seus embargos de terceiro senhor (=

terceiro que é dono). Quando se penhora como propriedade e posse o que não é do executado, os embargos, que se hão de opon são os de terceiro senhor e possuidor. Quando se penhora a posse alheia, os embargos são apenas de terceiro possuidor. Diga-se o mesmo, nas três espécies, quanto às medidas constritivas cautelares. O juiz ou retira a posse direta ao executado, ou o faz possuidor imediato, intercalando-se na ordem das posses como possuidor mediato. Com a penhora, quer se trate de bem imóvel, quer de móvel, estabelece-se o *pignus in causa iudicati captura,* de que, no direito brasileiro, é titular o Estado, através do juiz, que éseu órgão. Não o credor. Tal concepção, muito luso - brasileira e brasileira, não coincide com a dos outros Estados, mas excede a todas. O Estado capta para poder, eventualmente, entregar a prestação jurisdicional executiva. O devedor, que fica em posse da coisa penhorada, como depositário, tem, no direito brasileiro, a mesma situação jurídica que os outros depositários por nomeação ou distribuição do juiz. É

possuidor imediato. Não se tem de pensar em guarda, ou *Gewahrsam,* distinta da posse, nem em posição de servidor da posse. Ainda em direito penal (cf. R. Frank, *Strafgesetzbuch Júr d. deu tsche Reich,* 2ª ed., 302; K. Vogt, *Die Besitzuerhàltnisse an einer gepfàndeten Sache,* 29). Se o devedor fica com a coisa, sem ser o depositário, continua ele com a

posse mediata e a posse imediata, encimada pela posse mediata do depositário. Não se pode dizer, *a priori,* que seja servidor da posse, como queriam Petersen, seguido por alguns juristas, nem que seja sempre possuidor imediato, se bem que tenha posse própria, nem que seja possuidor imediato em nome do depositário (cp. 1(. Vogt, *Die Besitzverhàltnzsse an* einer gepfàndetefl *Sache,* 50). O que mais ocorre é ser possuidor imediato, tendo acima de si o depositário (possuidor mediato) e o juizo (possuidor mediato), continuando, porém, possuidor próprio mediatizado pelo ato de incursão judicial em sua esfera iurídica.

7. *Comprador a non domino*. A posição do comprador da coisa não pertencente ao vendedor, se recebeu a coisa, é a de possuidor se possuidor era o vendedor. Tal posse pode ser imediata, ou mediata. Mas é de admitir-se que, comprando a quem não épossuidor, nem proprietário, lhe nasça a posse, originariamente— ainda que se trate de sistema juridico, como o brasileiro, em que há transferência (= aquisição derivada) da posse. no qual, portanto, não seria de receherse a concepçaO da tradição como seguimento discontínuo, à maneira de E. Nord *(Die rechtliche Natur der*

~sitziibertragUng, 18; cp. O. Goldmann, *Die chtsstellung des* Käufers eine Verkàu *ler nicht gehórigerl Sache, 6)*. Com a só entrega da coisa, o não-proprietário~ vendedor, não cumpre a obrigação de prestar, porque prometeu prestar a propriedade, e a posse pode ser perdida pelo possuidor comprador. Por outro lado, houve evolução do direito no sentido de não ser garantia especial a responsabilidade pela evicção, mas parte do cumprimento do contrato (cp. para o direito romano clássico e posterior. ci. Kohler, *Gesamraelte* Abhandlungen, 236; E. Petri. *Die Gewãhrhzistung fOr Mtingel* ira Redil, 24; L. 41, § 1, e L. 11, § 2, D., *de* actionibus ernpti *venditi,* 19, 1; para o direito contemporâneo, inclusive o brasileiro, E. Babel, *Haftung des Verkaufers wegen Mangeis* ira *Recht,* 1, 100 s. e 268; Paul Dollinger, *Die Haftung* des *Verkàufers fOr Mdngel irn Recht,* 15 si. O possuidor da coisa comprada *a* non *domino* pode ser de boa-fé (art. 496, 2ª parte), ainda que de má-fé o alienante.

Capítulo II

Perda da Posse

§ 1.097. Modos de perda da posse

1. O erro de *Paulo.* A propósito da perda da posse passou-se o mesmo que a respeito da aquisição. Os juristas romanos mal apanhavam, como de longe, os traços dos fatos, e não raro viam — nos fatos — o que eles sabiam quanto ao direito, inserindo no mundo fático o que era obra do pensamento. Nenhum deles pecou mais, quanto a isso, do que Paulo. Lembre-nos a L. 153, D., de *diversis* regu *lis juris antiqui,* 50, 17: Fere quibuscumciue modis *obligamur, isdera in contrarium* actis liberamur, cura *quibus modis adquiriraus,* isdem in contrarium actís *omittimus. ut igitur nulia possessio* adquiri nisi animo eI corpore *potest, ita nulla* arnittitu nisi in *qua utrumque in contrarium actum est.* Na L.

8, D., *de cxdquirenda vel amittenda possessione,* 41, 2, insistiu: *Quernadmodum nuila possessio adquiri nisi animo eI corpore potest, ita nuila amittitu) nisi in qua utruraque in contrarium actum eM.* Ambos os fragmentos são do livro sexagésimO quinto *ad Edictum.* De ordinário, diz Paulo, na L. 153, quaisquer que sejam os modos com que nos obrigamos pelos mesmos atos contrários nos liberamos, o que por quaisquer modos adquirimos pelos mesmos atos contrários perdemos: assim, pois, como nenhuma posse se pode adquirir sem ser com a intenção e com o corpo (animo eI *corpore),* também nenhuma se perde, salvo aquela a respeito da qual se haja, com um e com outro, obrado em contrário. Em torno da expressão *utrurn que* perderam-se esforços no sentido de se mostrar incorreção do texto *(e.g., utcura que).* O principio de simetria, de que falamos no Tomo III, §§ 306, e 308, 5, e no Tomo V, § 593, 4, que Paulo encontrava no mundo jurídico romano (cf. Pompônio, L. 80, D., de solutionibus ei *liberationibus,* 46, 3) e se fora esmaecendo no direito clássico, foi o inspirador da analogia a que Paulo recorreria, diante do problema dificil da fixação das causas de perder a posse. Partiu ele de premissa falsa: a de que, para se adquirir a posse, se precisava —em direito romano — dos dois elementos, *aniraus* e *corpus;* e concluiu, erradamente, que se precisava do ato contrário, com os mesmos elementos. Tentou E von Savigny salvar o texto de Paulo: pôs de lado o *utruraque,* e fez ressaltar o in *contrarium actum,* para que se vissem os casos de perda por ato material e os casos de perda por ato intencional; e R.

von Jhering, a seu turno, ferreteou os textos de Paulo como tentativa falhada de formular regra geral sobre perda da posse, baseada no principio de correspondência entre a forma do ato gerador e a do ato extintivo (princípio de simetria das formas).

Seja como for (e o que nos importa é sabermos que os textos de Paulo não nos servem hoje, nem correspondiam ao próprio sistema jurídico romano), é possível que Paulo se tenha deixado levar por certa comparação que está em Papiniano, seu mestre (L. 46, in fine, D., *de adquirenda vel amittenda possessione,* 41, 2): assim como o vínculo das Obrigações se solve do mesmo modo pelo qual se sói adquirir assim não se deve tirar ao que ignora a posse que tem somente com o ânimo *(ut enira eodera modo vinculum obligationura solvitur, quo quaeri adsolet, lIa non debet ignoranti toili* possessio *quce* solo *anirao tenetur).* Os que sustentavam, com R. von Jhering, não b4star o *aniraus,* tinham de reprovar a comparação de Papiniano. Em verdade, porém, frase infeliz foi a de Paulo, e razão teve L.

Pininsl□i *(Der Tal bestand der Sachbesitzerwerbes,* 1, 156) para inquiná-la de frase sem consistência, vazia; e não a de Papiniano. Na sustentação daquela e na crítica à L. 46, *in Me,* sente-se o propósito teórico *(aniraus* e corpus, ou somente *corpus)* e tem-se ensejo de verificar quão acertado andou o legislador brasileiro em abstrair de ambos: tanto se adquire sem corpus quanto se adquire sem *aniraus;* tanto se perde com o aniraus quanto com o *corpus.* A posse subsiste enquanto há o poder fático (não é preciso, sequen que haja exercicio do poder fático). Se a coisa se torna *extra coramerciura,* perde o possuidor a posse. Se alguém se apossa da coisa, clandestinamente, mas depois cessa a clandestinidade, o possuidor perde a posse.

2. Posse *imediata* e *posse mediata.* A posse mediata também se perde pelo abandono, pelo ato dispositivo transíativo, pelo constituto possessório, pela perda (art. 520,111, 1ª parte), ou pela destruição da coisa (art. 520, III, T parte), ou por ser posta fora de comércio (art. 520, III, 3ª parte). Aí, em qualquer das espécies, perde-se a posse mediata como se perde a imediata. Quanto à perda da posse mediata por se perder a coisa, não coincidem, sempre, perda da posse mediata e perda da posse imediata. O machado que o locatário-lenhador perdeu na mata deixou de ser da posse imediata do locatário-lenhador, mas continua a posse mediata do locador, se há meios de o achar e o achou algum dos outros Locatários-lenhadores. O ter alguém achado a coisa alugada e perdida não exclui a posse mediata, se o

possuidor mediato pode exercer o poder fático que lhe enche a posse. Se o possuidor mediato inferior esbulba a posse imediata, acabou essa sem ter acabado aquela, inclusive se após o esbulho o possuidor mediato inferior abandona a posse.

O possuidor imediato não fica acorrentado à posse mediata. Se o locatário não pode sublocar e subloca, entregando a casa, o que se diz sublocatário é possuidor, se bem que não seja sublocatário (cf. H. Blatzheim, *Kann derjenige, welcher nicht selbst Besitzer, sondem nur Stellvertreter des dritten Besitzers* einer *Sache ist, durch* constitutum possessorium den *Besitz der Sache weiter Obertragen?,* 43 5.; sem razão, G. Zurhellen, em dissertação com o mesmo título, 23 s.).

Exigir-se à posse imediata *derivar* da posse mediata é introduzir-se conceito de sucessão jurídica entre acontecimentos do mundo fático, que se completam, conceptualmente, porém que não se entrosam necessariamente em relação jurídica de possuidor imediato e possuidor mediato *(es*‟*.,* K. Rummler, *Der Begrifi des rnittelbaren Besitzes,* 1). Não há, por exigência conceptual, ato-fato juridico, ou negócio jurídico entre as duas posses, nem, sequer, ato-fato jurídico (= do mundo fático), ou *negotium* ajurídico (= do mundo fático).

Seria simplista a afirmação de que a posse imediata é sempre tirada à posse mediata (indireta). Mais ainda que a toda posse mediata corresponde pretensão à restituição. Nem sempre assim é. O gestor de negócios que recebeu a coisa que se entendeu prestar a alguém, cujos negócios ele gere, é possuidor imediato, mas, se se trata de *indebitura,* não foi o que se cria *dorninus negotii* possuidor mediato. As vezes há posse imediata e o possuidor não pode mudar a causa *(es*‟*.,* deposita os aluguéis), se bem que o dono da coisa já houvesse renunciado a ela ao tempo da locação (res *nullius.* Foi por essas e outras razões que se afastaram aquelas duas proposições simplistas, que surgiram em Er.Leonhard *(Vertregung beira Fahrniserwerb,* 61), W. Munscheid *(Stellvertung ira Besitzerwerb,* 21 s.) e outros.

Outras foram, antes e depois, lançadas, que não apanharam o exato conceito de posse mediata, como a de que a posse mediata consiste na posse por meio de outra, que é a posse imediata, confiada por aquela por certo tempo *(es*‟*.,* E.

Strohal, *Der Sachbesilz,* 59; E. Bartel, *Der railtelbare Besitz,* 10 5.; W. ElIer, *Die rechíliche Síeiluns*‟ *des Finders,* 40

e 42; H. Wedell, *Die rechtlichen Beziehungen zwischen Verlierer und Finder,* 57; H. Schoen, *Eigentumsklage* nur *gegen den unraittelbaren Besitzer* etc., 12; H. Stemann, *Die Voraussetzungen des Besitzerwerbs,* 20). A função do administrador da massa concursal de modo nenhum lhe foi confiada pelo possuidor mediato; bem assim a do inventariante que não foi escolhido pelos herdeiros (H. Isay, *Die Geschàftsftihrunq,* 274; Fr. Leonhard, *Veríretuns*"

beira Fahrniserwerb, 60 5.; E. Przibilla, *Erwerb und Verlusl des raittelbaren Besitzes,* 18). O que a posse imediata exprime falta à posse mediata; o que a posse imediata de quem não tem toda a posse exprime falta à posse mediata; o que as posses mediatas intercalares entre a posse própria e a posse imediata exprimem falta às outras posses mediatas e à posse imediata, se *existera elas.* Por ai se vê que tudo se passa no mundo fático e objetivamente. Cada posse está em relação com o que falta, mas o que lhe falta pode não existir. A própria pretensão à restituição ou entrega pode não existir, razão por que erraram em caracterizar a posse mediata por esse sinal 5. Klein *(Der mitíeibare Besilz,* 19 e 27) e outros. Posse mediata pode existir sem tal pretensão. Pode não existir qualquer relação entre o possuidor mediato e o imediato. Mais: pode existir possuidor mediato sem existir o imediato (A alugou a casa a E, B morreu ou abandonou a casa); e existir o possuidor imediato sem existir o mediato (A tem-se como locatário da casa, e a casa não tem dono, nem possuidor mediato).

§ 1.098. Alcance do art. 520, IV e 1-111

1. *Perda do poder fálico.* Perde-se a posse, quando se perde o poder fático e esse poder fático sai do mundo fático, ou já do jurídico; isto é, se ao poder fático não mais podem corresponder ou não mais correspondem efeitos jurídicos possessórios, porque a exclusão de ineficácia demonstra, aí, ter-se extinguido o fato da posse. A pessoa, a que foi roubada, ou furtada, a coisa, continua possuidor da coisa, sem o poder fático corporal, enquanto faticamente a procura, ou investiga, e não enquanto pode ser manutenida, ou reintegrada, porque a posse é relação entre pessoas, conforme a concepção do estado atual de civilização. Não há duas posses, a do a que foi roubada, ou furtada a coisa, e a do ladrão.

No Código Civil brasileiro, foi isso posto nos termos mais claros: "Perde-se a posse das coisas", diz o art. 520: "IV.

Pela posse de outrem, ainda contra a vontade do possuidor, se este não foi manutenido, ou reintegrado em tempo competente.“ No caso de perda da coisa, a posse subsiste enquanto outrem não lhe adquire a posse, ou não cessa a pretensão à entrega da posse direta. No caso de esbulho, a posse subsiste, enquanto por aí não se perde. No art. 520, diz-se mais: “Perde-se a posse das coisas: - Pelo abandono. II - Pela tradição. III - Pela perda, ou destruição delas, ou por serem postas fora de comércio. V - Pelo constituto Possessório“ Acrescenta-se no parágrafo único: “Perde-se a posse dos direitos, em se tornando impossivel exercê-los, ou não se exercendo por tempo, que baste para prescreverem. Entenda-se: prescreverem as pretensões ligadas a eles, ou extinguirem-se eles mesmos.

O Código Civil brasileiro foi excelente no art. 520, IV, porque resolveu, *de leqe loto,* que o fato da posse, eventualmente o fato jurídico da aquisição da posse, não deixa de ser (= o suporte fático não sai do mundo fático, ou, eventualmente, jurídico), a despeito da perda do poder fático corporal involuntária, ainda que sobrevenha a tença de outrem. Nos outros sistemas jurídicos, a falta do art. 520, IV, obriga os juristas a explicarem o que se passa como perda da posse-fato sem a perda da posse-direito, ou com malabarismos imperdoáveis. Ora, o problema, de técnica legislativa e de técnica interpretativa, era outro, e o legislador brasileiro bem o viu: ~o perder-se a coisa, ou ser roubada, ou furtada, ou indebitamente apropriada, implica, de si só, que o fato da posse saia do mundo jurídico? O art.

520,1V, responde que não. Assim evitou ele que se pensasse em efeitos de fato já extinto (resquício de mentalidade primitiva; com a sobrevivência dos fatos e dos seres) e a contradição da posse, do achador ou do ladrão contra a não-posse, com efeitos de esse, do perdente ou esbulhado. Quanto ao início da posse do que, violenta ou clandestinamente, toma a coisa, o art. 497, 2ª parte, é decisivo.

2.

Conteúdo *do art. 520. (a)* O abandono da posse pode ser quanto à posse imediata, ou quanto à pdte mediata, ou quanto a ambas. O abandono da posse imediata pode ser em ato unilateral, ou em entrega-tomada, mas só se leva em conta o ato unilateral jogar ao mar, à rua, ao lixo; ou entregar). E ato-fato jurídico, de modo que o incapaz pode perder a posse por abandono. Não é abandono o impedimento passageiro de exercer o poder fático *(es*“., o possuidor está em viagem, ou não se lembra em que banco depositou as apólices,

ou em que casa deixou a pasta de papéis). Se a posse consistia em estar em situação de exercer, se quisesse, o poder efetivo, abandona a posse quem exclui essa possibilidade. Não importa se, para o ato-fato jurídico do abandono, houve, ou não, estado de necessidade, ou preponderância de outro interesse; abandonou a posse quem, de raiva,jogou ao mar a jóia, como aqueloutro que, para diminuição da carga, teve de lançar ao mar caixões e fardos de mercadorias. Discute-se se é possível abandono por negócio jurídico unilateral. Afirma-o, quanto às coisas livremente acessíveis (as‟., seixos, areia, flores, pedras soltas), E. Strohal *(Der Sochbesitz,* 108), inclusive por declaração unilateral de vontade referente ao abandono da posse de prédio. 1-lá, aí, evidentemente, *plus,* que pode tornar em ato jurídico diferente o ato-fato jurídico do abandono; e ganha a ciência jurídica em evitar a confusão. Quanto às coisas sobre as quais outrem pode exercer o poder fático se o possuidor permite, ou há abandono, ou acordo; e também aqui toda a confusão é de evitar-se. (Claro que às vezes os legisladores são falhos em terminologia, e bilateralizam, de certo modo, o abandono, o que se há de repelir; *es*‟., art.

701.)

O abandono da posse imediata pode ser por ato de representante ou de procurador; se é o servidor da posse, ou o órgáo da pessoa jurídica, com poder, que abandona, abandonante é o dono da posse, ou a pessoa juridíca, ou, se não tem poder, há esbulho pelo servidor da posse, ou pelo órgão da pessoa jurídica, seguido de abandono.

(b) A posse mediata perde-se, voluntariamente, se o possuidor mediato, só por si, a abandona, ou a transmite. Se o possuidor imediato abandonou a posse, sem que a tenha abandonado, ou permitido abandonar o possuidor mediato, há abandono da posse imediata e a perda da coisa, ou esbulho, de que pode resultar perda involuntária da posse (art.

520,1V). Se do abandono da posse imediata resulta estabelecer-se outro possuidor imediato, subsiste a posse mediata contra o novo possuidor imediato, herdeiro ou sucessor do possuidor imediato. Se resulta posse de outrem, a ação é a da posse plena, porque a posse imediata se extinguiu. Aliás, se o possuidor imediato se faz possuidor pleno, esbulha: não se extingue a mediatidade da posse, subsiste a posse do possuidor mediato com a pretensão de entrega (sem razão, Martin Wolff, *Lehrbuch,* III, 41, texto e nota 14; certos, 1k Leonhard, *Vertretung beira Fahrniserwerb,* 73 s., que vê a continuidade da posse

mediata, V. Bruns, *Besitzerwerb durch Interessenvertreter,* 158), embora nasça a pretensão contra o esbulho.

A posse mediata também se perde por mandatário, ou representante. A relação causal entre o mandante, ou procurado, e o mandatário ou procurador, ou entre o representado e o representante, é que é determinante. Nela baseia-se o poder fático do possuidor mediato; de modo que o ato de alienação pelo possuidor imediato somente atinge a posse mediata quando cabe nessa causa, salvo destruição ou privação definitiva da coisa, que apague a posse mediata (art. 520,111, 2ª e 3ª partes, e IV; cf. P. Sokolowsli, *Die Philosophie ira Privalrechl,* II, 310).

Quanto à perda da posse por tradição, ou pelo constituto possessório, ou pelo abandono da posse, precisa de poder o servidor da posse (M. Ríimelin, Das Handeln in fremdem Namen, *Archiv fOr die civilistische Praxis,* 93, 268

s.). Nem o diretor da sociedade anônima, ou órgão de outra pessoa jurídica, nem o administrador da fazenda de gado, nem o jardineiro podem vender bens da pessoa jurídica, gado da fazenda, ou flores do jardim; nem o bibliotecário, livros da biblioteca. Se criminosamente o fazem, criam ao adquirente posse originária. Aqui, tudo se passa à semelhança do que ocorre com os possuidores imediatos. Rigorosamente, ali, há furto; aqui, isto é, por haver posse, apropriação indevida.

(c)

A tradição, simples, *brevi* raanu, ou *longa raanu,* supõe entrega e tomada. O tradente perde a posse. No direito brasileiro, pôs-se claro que a posse pode ser trantmitida, a causa de morte ou entre vivos. Não se teimou em só se ver no abandono a causa da perda voluntária da posse.

(d)

O art. 520,111, fala de perder-se a posse das coisas “pela perda, ou destruição delas, ou por serem postas fora do comércio.“ “Perda”, ai, é a deterioração, ou perecimento, como se vê nos arts. 592, parágrafo único, 593

e 589, IV; e não o extravio da coisa. O extravio da coisa, por si só, não é perda da posse, porque o Código Civil não abstraiu somente do *animus,* abstraiu, também, do corpus. Tem-se de interpretar o art. 520, III, comparando-o com o art. 520, IV, que é um dos mais expressivos do sistema jurídico brasileiro.

(e) A perda *a priori* involuntária da posse é a que não resulta de abandono, nem de tradição, nem de ato jurídico (acordo), suficiente para a perda. Então, ou se perdeu a coisa e resulta ou sobrevém a perda da posse, ou foi tirada por outrem a coisa (coisa furtada, roubada, ou esbulhada), ou a coisa mesma se escapou (animal que se liberta ou extravia). É preciso não se terem como simultâneos a perda da posse e a perda ou esbulho da coisa. O que perdeu o relógio, no hotel, ou na rua, perdeu o poder fático corporal, porém ainda é possuidor; tanto assim que pode recuperar a posse corporal, se alguém o acha, ou se intenta a ação adequada. A perda da posse só se dá, no direito brasileiro, se não houve manutenção ou reintegração em tempo competente (art. 520, IV). É verdade que o perdente, o a que foi roubada, ou furtada, a coisa, ou a vítima de apropriação indébita pode *renunciar* àreobtenção do poder fático corporal (= renunciar às pretensões e ações possessórias); porém, em tal espécie, a perda da posse não é involuntária: ou há derrelicção, ou tradição *brevi* manu, ou mero abandono da posse, inclusive para se evitar pagamento de despesas e gastos. Não há qualquer efeito retroativo; nem o silêncio ou inatividade do perdente, ou esbulhado, se há de interpretar como renúncia, ainda que saiba quem foi o achador ou o ladrão. É preciso, pelo menos, o ato-fato do abandono.

Se há posse mediata e posse imediata, e foi perdida a coisa, ou retirada do poder fático corporal do possuidor imediato, não se perde, somente por isso, a posse mediata. *Es*".*:* se o locatário do prédio A desaloja o do prédio B, o dono do prédio E continua com a posse mediata do prédio E; se o locatário do prédio E, a quem ainda não foi entregue, entra nele e dele toma posse a força, o locador perdeu, (se não retomou o prédio, arts. 502, 497, 2ª parte, e 520, IV), involuntariamente, a posse imediata, tornando-se possuidor indireto, portanto mediato.

(fl O constituto possessório é perda da posse mediata para o constituinte; e a posse mediata o constitutário adquire e perde, simultaneamente, a posse imediata, ou a posse mediata inferior. A coisa não muda de lugar; o alienante fica com a coisa, como possuidor

imediato. Nenhuma dificuldade temos hoje em admiti-lo, porque poder fático não é só poder corporal, nem se exige a forma plástica aos atos de posse e transmissão da posse. Longe vai o tempo do *Donner et retenir ne uaut,* de que a 1 ª parte do art. 769 ainda é reminiscência.

§ 1.099. Perda da posse imediata

1.

Expressâo infeliz do Código Civil, art. 520, parágrafo único. No art. 520, parágrafo único, fala-se da perda da

"posse dos direitos." Entenda-se da posse direta dos possuidores imediatos ou da posse indireta dos possuidores mediatos intercalares. Posse de direitos está, aí, em contraposição à posse de coisas (art. 520, *pr.; .Sachbesitz).* Em verdade, não há posse de direitos; usa-se da expressão, *brevitatis causa:* diz-se posse de direito toda posse que se exerce como se o possuidor fosse titular de direito a usar, fruir ou dispor da coisa; isto é, conºp se fosse usufrutuário, usuário, habitador, credor pignoraticio, ou locatário (= sem *animus dorainantis).* Enquanto o direito romano somente admitia *iuris quasi* possessio sobre servidões, o direito comum e alguns sistemas jurídicos estatais desenvolveram, sob o influxo do direito alemão ou através do direito canônico, a teoria da posse em caso de direitos suscetíveis de exercício duradouro, êonsistente em poder fático semelhante aos poderes contidos no exercício do direito de propriedade (cp. art. 485). O enfiteuta é possuidor, se possui a terra; o titular da servidão não-aparente, registrada, é adquirente do direito e pode pedir a imissão na posse, se não lhe foi dada (cf. art. 697) e as servidões não-aparentes podem ser objeto de posse antes de se constituir o direito (arg. ao art. 698); o usufrutuário (art. 718) tem direito à posse (= à imissão na posse) ou àdefesa dela, se já lhe foi dada; bem assim, o usuário (art. 745) e o habitador (art. 748). O

titular do direito real à renda sobre imóveis (arts. 749-754) tem a pretensão real, não a possessoria. Ao direito de caça (Lei nº 5.197, de 3 de janeiro de 1967, arts. 1ª, §§ IS e 2ª, 7ª, 9ª 12, 13, e. g.) pode corresponder posse, dentro dos limites da legislação de direito público; idem, ao direito de pesca (Decreto-Lei nº 221, de 28 de fevereiro de 1967, arts.

1ª-4ª). O art. 502 é invocável.

No direito civil alemão, o § 1.029 previu a proteção possessória ao titular da servidão registrada, se a servidão foi exercida, durante o ano, pelo menos uma vez. Regra de compromisso entre a teoria da posse de direitos e a teoria da posse só de coisas. Quem exige exercicio da servidão exige posse, poder fático; um só ato de exercício já é tomada de posse. O Código Civil brasileiro fez bem em não inserir a regra do § 1.029.

O Código Civil falou da posse de direitos, a propósito da perda da posse, e a propósito da aquisição. Quanto a essa, foi explícito, ao dizer que se adquire a posse do direito pelo exercício dele, ou pelo fato de dele se dispor (art.

493, 1 e II). Tal atitude exclui que tenhamos admitido posse de direitos pelo simples registro, ou que tenhamos adotado a solução de compromisso que exsurgiu no § 1.029 do Código Civil alemão. Se, como a respeito da posse como de dono, se *acordou* em transferir a posse, *brevi raanu* ou *longa manu,* é outro assunto; e nas escrituras de alienação de bens imóveis ou de servidões costuma-se inserir a cláusula do *acordo* de *transferência* da posse, o que, se cabe nos casos considerados, basta à entrega-tomada e, pois, dispensa a ação de imissão.

2.

Causa e posse. Quando a posse tem a causa de direito, tal como se dá com a posse da servidão, extingue-se ela se se torna impossível o exercicio dele, ou se se extinguiu por prescrição das pretensões dele oriundas. Assim, se alguém se disse usufrutuário, usuário, ou habitador, sendo-o, ou não no sendo, — com a impossibilitação do exercício impossibilita-se a posse; se as pretensões prescreveram, extingue-se o usufruto, o uso, ou o direito de habitação (arts.

739, VI, 745 e 748) ou estaria extinto, e falta a causa de possuir. O não-exercício da servidão durante dez anos contínuos extingue a servidão (art. 710, III) e extingue a posse.

§ 1.100. Perda da posse pelo ausente

1. *Conteúdo do art. 522.* Estatui o art. 522: "Só se considera perdida a posse para o ausente, quando, tendo notícia da ocupação, se abstém de retomar a coisa, ou, tentando recuperá-la, éviolentamente repelido." O art. 522 tem de ser interpretado de conformidade com os arts. 497, 2ª parte ("não autorizam a sua aquisição os atos violentos, ou clandestinos, senão depois de cessar a violência, ou a clandestinidade") e 520, IV ("ainda contra a vontade do possuidor, se este não foi manutenido, ou reintegrado em tempo competente"). O ausente vem a saber do esbulho; pode exercer, desde já, eficientemente, a justiça de mão própria (art. 502); não perde, desde logo, a posse, posto que o esbulhador a tenha tomado (art. 497, 2ª parte), pois imediatamente (= "logo", art. 502, 2ª parte; veja § 1.124) pode ser tutelada, judicialmente, a sua posse (arts. 520, IV, e 523).

2. Direito *anterior.* Nas Ordenações Filipinas, Livro IV, Título 58, „1ª§ 1, falou-se da *quase-força,* assi como se algum ocupasse a posse de coisa vaga, que não fosse por outrem corporalmente possuída." Note-se bem: falta de poder fático corporal. O esbulhado por essa quase-força era restituído, só restando ao esbulhador, contra o esbulhado, após a restituição, o "litigar ordinariamente sobre a propriedade.)" Assim já as Ordenações Afonsinas, Livro IV, Título 65, § 6, e as Manuelinas, Livro IV, Título 50, § 1.

3.

Perda da posse através do servidor da posse. O art. 487 não é regra jurídica que abra exceção ao principio de ser possuidor quem tem o poder fático sobre a coisa. Porque exatamente o que se diz, no art. 487, é que as pessoas que se acham em relação de dependência, respeito a outrem, quanto à coisa, não têm o poder fático, bem assim as que estão a cumprir ordens, ou instruções de outrem. Tais pessoas não têm "o exercício, pleno, ou não, de algum dos poderes inerentes ao domínio, ou propriedade" (art. 485). Depois de bem se explicitar o conteúdo do art. 485 vê-

se que o art. 487 é — no sistema jurídico brasileiro, como no alemão — tautológico. Não têm as pessoas, de que se trata, o poder fático, a que se chama posse; são instrumentos ou servidores dos que possuem. Não se pretenda encontrar no conceito de poder fático, que têm os servidores da posse, outro conceito que o de poder fático que os possuidores têm, de modo que esse conceito seja jurídico e aquele não *(unjuristisch,* cf. E. Endemann, *Lehrbuch,* II, 1, 3ª-5ª ed., 133; 9ª ed.,

170). Os dois poderes fáticos são conceitos do mundo fático, sociais, e não jurídicos, com a diferença de subjetividade do poder: uns o têm por si, os possuidores, e outros, por outrem. E a concepção social do poder fático que permite pensar-se em que alguém tenha por outrem o poder e haja quem o tenha sem qualquer instrumento humano para o ter. Tal diferenciação subjetiva não atinge o poder fático, que é a posse, de modo a que o possuidor tivesse poder *jurídico* fático (note-se a contradição nos termos) e o servidor da posse o poder físico fático.

No entanto tal errônia apareceu em alguns juristas (e.g.: G. Liebezeit, *Die Rechte des Eigentúraers,* 12; O.

Sprenger, Der *Besitzdiener,* 17); bem como a outra de se ver no art. 487 exceção ao princípio (?) de ser possuidor quem tem a senhoria fática (e.g., Er. Leonhard, Vertretung *beira Fahrniserwerb,* 65). O conceito de poder fático é o mesmo nos arts. 485 e 487: a regra do art. 487 apenas focaliza a titularidade através de instrumento humano, razão por que também não se há de pensar em ser regra jurídica sobre a eficácia da posse (e.g., O. Samter, *Die* Rechte *des Eigentúraers oder frúheren Besitzers,* 27 s.). Só o outro é possuidor: o poder fático é do outro, através do servidor da posse. Os juristas romanos, com o *procurator,* conheceram bem essa figura de *fac-totura* (5. Schlossmann, *Der Besitzerwerb durch Dritte,* 105). Através dele adquire-se a posse e perde-se a posse. Através, dissemos; para que se frise que a perda do poder fático pelo servidor da posse não é perda da posse: o poder fático está com o possuidor, e não com ele; ele, se algo perde, é a posição de instrumento daquele poder, posição que pode não ser jurídica mas somente fática (sem razão, Max Gãrtner, *Die gerichtliche Schutz,* 42). É preciso que se possa conhecer a relação (fática) de dependência, ou de cumprimento de instruções.

Os órgãos das pessoas jurídicas não são servidores da posse, se bem que, em algumas circunstâncias, as soluções sejam as mesmas para os servidores da posse e para eles. Nem, tampouco, são possuidores imediatos, como queriam 1

Biermann *(Sachenrecht,* 38), E Endemann *(Lehrbuch,* II, *1,* 8ª-9ª ed., 159) e outros. São órgãos; e não se podem reduzir a servidores da posse, nem elevar a possuidores imediatos. Não são administradores, no sentido exato. Se se adotasse a solução de serem possuidores imediatos, voltar-se-ia à concepção — errônea — da representação.

4.

Perda da posse das servidões. A posse das servidões aparentes perde-se se algo ocorre a um dos prédios que impossibilite o uso da servidão, sem se distinguir se o fato, que o causou, foi humano, ou não no foi. Quanto à posse das servidões não-aparentes, dá-se o mesmo. Tanto a posse daquelas quanto a posse dessas pode perder-se por ato-fato ou negócio jurídico do possuidor. Os que dizem que a posse das servidões também se perde pelo não-exercício durante ano e dia cometem erro grave.

§ 1.101. Perda da posse por abandono (Código Civil, art. 520, 1)

1. *Perda da posse.* Perde-se a posse qunºido não mais se tem o poder fático. O poder fático não se deixa de ter somente quando alguém se apossa da coisa. Pode-se perder a posse sem que outrem adquira a posse, ou por ser impossível objetivamente (destruição da coisa, extracomercialização), ou por se não ter dado a aquisição, subjetivamente. Há, portanto, comportamento do possuidor que se há de considerar ato-fato unilateral, *e.g.,* o abandono, a que se refere o art. 520, 1. Quem perde a coisa também a perde unilateralmente, mas a perda pode ser fato puro, e não ato-fato, o que poderia turvar o assunto em investigação. O abandono da posse é ato-fato, que se passa no mundo fático e nele permanece, até que haja alguma situação a ser tutelada e para cujo suporte fático se tenha de verificar o abandono da posse.

Porque o ato-fato do abandono permanece no mundo fático, não é ato-fato jurídico, nem se confunde com o abandono da propriedade imóvel (art. 589, 111, e § 2v), de que emana o direito expectativo do Estado, ou com a derrelicção da coisa móvel, que é negócio jurídico (art. 592, parágrafo único, verbis “abandona, com intenção de renunciá-las”). Sem essas precisões, cair-se-ia em equivocidades invencíveis.

O abandono da posse, ato-fato, pode ser com intenção, ou sem ela. Desde que, por ato-fato) a pessoa deixa de ter o poder fático, cessa-lhe a posse. Se A, após ler, no banco do jardim público, o jornal, se vai, ainda sem o jogar fora, não mais tem poder fático sobre ele. Igualmente, se a bengala cai no lago, perto do banco, e nenhum esforço faz o possuidor, ou o faz infrutiferamente, para apanhá-la. Perdeu a posse. Não assim se ele procura o guarda e diz que voltará

com instrumento para tirá-la, ou lhe pede que procure tirá-la.

Depende das circunstâncias saber-se se é preciso, para se configurar o abandono, que a inação seja duradoura, ou se basta inação momentânea.

No direito brasileiro, que abstraiu do *animus* e do *corpus,* não se deve ter outro critério que o de se verificar se, segundo a concepção do povo, cessa, ou não, o poder fático. Todos nós entendemos que o dono do exemplar de jornal que o pôs no banco do jardim, ou do ônibus, ou do trem, ou do táxi, e partiu, o abandonou; e todos nós entendemos que não abandona o dono da bolsa, ou da carteira de dinheiro, que pagou o jornal e a pôs no banco do jardim, do ônibus, ou do trem, ou do táxi. Mero obstáculo passageiro do exercício do poder fático não é causa de perda. Se o passageiro do táxi deixa o jornal e diz "venha buscar-me às doze horas"), é de ter-se como persistente a posse.

Todavia, se outro passageiro, ou intervalo, entra no táxi e leva o jornal, não houve abandono mas a posse por outrem, que não se pode considerar clandestina, nem violenta, porque a concepção do povo éno sentido da apossabilidade.

O

abandono não é ato voluntário, não é só a perda *animo;* nem exige que se perca o *corpus.* O que começou de pagar aluguel do prédio, que possuía como dono, perdeu a posse própria, sem deixar de possuir imediatamente. O

louco pode perder a posse por abandono; bem como o surdo-mudo. A abstração da vontade, no abandono da posse, é já no mundo fático. Por outro lado, o que abandona a posse imediata como sublocatário depois de exercer a ação de turbação contra o locador, que lhe transmitira a propriedade e a posse própria, abandonou a posse imediata sem abandonar ~ posse mediata.

A perda da posse por abandono pode ser por intermédio de servidor da posse, de órgão, ou de representante, segundo os princípios ccncernentes a cada uma dessas figuras.

A Corte Suprema, a 10 de outubro de 1934 *(Art* 34/19), disse que, se

os antecessores se demitiram da posse por abandono da coisa ou renúncia voluntária de a aproveitar em sua destinação própria, não podem os que se dizem sucessores recuperar a posse, que se extinguiu. Ao julgado é de exprobrar-se que não empregou a expressão

"abandono" em sentido preciso, porque a fez equivalente a "renúncia voluntária dª aproveitar a coisa em sua destina-

ção." Não se renuncia a aproveitar a coisa; deixa-se de aproveitar a coisa. Por outro lado, o possuidor não tem o dever de aproveitar a coisa nem *a fortiori,* de aproveitá-la em sua destinação. A Corte Suprema confundiu "exercício de direito" e posse. Ainda mais: fala de sucessores dos que perderam a posse, o que faz pensar-se ern que os possuidores negligentes haviam transferido a posse, o que até certo ponto contradiz que a tenham abandonado (cp. art. 493,11). A Câmara Civil do Tribunal da Relação de Minas Gerais, a 13 de outubro de 1923 *(RE* 42/101), disse bem: "O

abandono, para ser eficaz na perda da posse, precisa acompanhar-se de circunstâncias significativas. A simples omissão, a falta de exercício dos poderes do possuidor, por trato de tempo mais ou menos longo, não basta para induzir a derrelicção."

2.

Deiectus *e abandonante.* Na L. 153, D., de *diversis regulis ív ris c1ntiqui~* 50, 17, pôs-se pensamento que o sistema juridico brasileiro nº pode receber, como o próprio sistema jurídico romano. Porém há mais: as expressões solo *corpore, solo animo,* não servem à conceituação da perda da posse, no sistema jurídico brasileiro, em que o que importa é o poder fático (= poder exercer o poder fático). O deiectus perde a posse; perde-a também o abandonante.

Perder posse e ter pretensão interdital para se proteger são conceitos que se ajustam, em vez de se ferirem um ao outro (cf. O. Hufeland, *Neve Darstellung der Lebre vora Besitz,* 148; no mesmo sentido, C. Christoph, *Uber* den *Besitzverlust,* 6).

Perde-se a posse com o faltar a senhoria sobre a coisa, o poder fático. O poder fático tanto se perde por se perder o corpus quanto por se perder pelo *aniravs* de o perder; daí o acerto do Código Civil em ter abstraído desses dois elementos. Não importa se a causa foi ato-fato

do possuidor, ou se foi ato-fato, contrário, de outrem, ou se apenas superveniente impossibilidade objetiva. Se o fato, que retirou a coisa, como a tempestade que levou o barco, ou a torrente que arrastou as madeiras e as levou, não tornou permanente e praticamente inexercível o poder fático, o próprio poder fático desapareceu e, pois, a posse. Não há poder fático inexercível: poder fático é, pelo menos, exercibilidade. Se o fato é de outrem, fato humano, a posse é turbada ou esbulhada: priva-se da posse o possuidor, contra a situação fática em que ele se achava. Cessada a violência, inicia-se a posse do usurpador. Cessada a clandestinidade, começa a posse do usurpador. O fato da posse nada tem com a tutela possessória, pois exatamente se restabelece ao possuidor, com a ação de reintegração, a posse perdida. A perda da posse pode reparar-se, se alguém usurpou; se não foi tirada, não pode alguém ser forçado a restituir. Se o animal, que escapou, perdeu a *consvetudo revertendi,* apanhá-lo, de novo, o ex-possuidor é reapossar-se dele.

Quanto aos imóveis, os que aludiam à conservação solo *anirao* apegavam-se a explicação romanizante, tal como se entendeu àépoca justinianéia. Por outro lado, os que negavam que se pudesse pensar em possessio *qvae animo retinetur* eram inaptos a abstrair do corpus. O possuidor do prédio, que se ausentou, não precisa ter *aniravs* para continuar de possuir, nem *corpus.* O poder fático pode existir sem aquele elemento nem esse. Por isso, o herdeiro possui sem saber, sequer, que herdou, e embora não esteja perto do lugar, nem dele se haja ausentado, em férias de inverno ou de verão.

3. *Atitude do Código Civil.* A doutrina poderia ter interpretado o Código Civil alemão como se houvesse abstraído do aniraus e do *corpus.* O § 854, alinea 1ª, disse que se adquire a posse pela obtenção do poder fático; e poder-se-ia enunciar, como H.Engelhardt *(Welche Rechte steben dera Oberbesitzer zv?,* 8): "O essencial não são mais, hoje, o *aniravs* e o *corpvs,* mas somente o poder fático sobre a coisa." A carga de velhas teorias e o apego ao direito comum impediu que se chegasse, em todas as consequências, até aí; e foi pena. Porém isso se chocaria com o Código Civil brasileiro, que eliminou toda ligação aos dois conceitos e abstraiu, evidentemente, do *aniraus* e do *corpus.* O propósito de alguns de reinserção no sistema jurídico brasileiro dos dois conceitos é mais grave atentado do que foi no direito alemão. E o velho hábito, nunca assaz exprobrado, de se lerem os textos novos tendo-se na mente os conceitos de legislação já superada (cf. E. Zitelmann, *Die Gefahren* des *BGB. fOr die* Rechtswissenschaft, 20; O.

Lenel, *Das 13GB.*

und das .Stvdivra des rdraischen echts, 6 s.). Não se viu o esforço dos doutrinadores quando pretendiam pôr no lugar vazio do animus ora "vontade de posse não-idêntica ao *animus* rem *sibi habendi",* ora „vontade de posse não-idêntica à dos negócios jurídicos", ora "vontade de posse puramente natural" (cf. CarI Erank, *Der Besitzwille,* 4ª s.), ora

"vontade e posse fática."

Por outro lado, há sempre confusão entre ter o poder fático e exercê-lo, além de se lançar, a cada momento, como fez CarI Frank *(Der Besitzwille,* 9), que todo ato é ato de vontade, posse é ato e pois posse é vontade. Não é preciso combater-se tal raciocínio, que se tece com premissas falsas; e nem o Código Civil alemão (cf. Karl Kappler, *Zur Lebre vom Besitz,* 64 s., que critica a CarI Frank), nem o Código Civil brasileiro falaram de exercício do poder fático.

O Código Civil brasileiro diz apenas que é possuidor o que tem "de fato o exercício, pleno, ou não, de algum dos poderes inerentes ao domínio, ou propriedade." Ter, de fato, o exercício, pleno ou não, de algum poder interior ao domínio ou propriedade é o mesmo que o ter o poder fático, e não o *querer* exercê-lo.

§ 1.102. Perda da posse pela tradição (Código Civil, art. 520, 11)

1.

Conceito. Já vimos qual o conceito de tradição, tratando-se de posse. Tal como se adquire pela tradição, perde-se a posse. Tem-se, apenas, de encarar de outro lado a *traditio.* O conceito evoluiu com as circunstâncias, históricas, económicas, políticas e familiais, e sofreu a influência de diferentes filosofias. A tradição de que temos de cogitar é a tradição tal qual resulta do pensamento social de hoje, — o ato que se tem, na concepção geral, como de tradição. O

que dissemos sobre a tradição, ao versarmos o assunto da aquisição, tem aqui o mesmo cabimento. E preciso não se confundirem a tradição elemento do suporte fático da transferência da propriedade mobiliária e a tradição da posse, de modo que os arts. 520, II, e 620, a despeito

do que entre eles há de comum, têm, necessariamente, tratamento à parte um do outro.

A posse que se adquire para outrem, imediata ou mediata, vai à outra pessoa, *ipso* lure, sem se precisar de poder expresso ou especial e sem ser preciso que sobrevenha ratificação. A ratificação somente tem importância para a questão da responsabilidade da pessoa por despesas ou outras indenizações; portanto, só no plano obrigacional (5.

Schlossmann, *Der Besitzerwerb dvrch Dritte,* 174). Assim também se perde a posse. Teremos ensejo de aprofundar o assunto a respeito da tradição elemento do ato dispositivo da propriedade (art. 620).

A perda da posse não é negócio jurídico. Se houve negócio jurídico, com a entrega da posse, pode ser nulo, ou anulável, sem que a posse volte; tem-se de ir buscá-la (D. G. Croissant Uhde, *Das* einseitige *Recbtsgeschàft,* 37).

Com a transferência do conhecimento, a posse, elemento fático, entra no mundo jurídico. Há ato de disposição e nasce *ius* possessionis. O conhecimento passa a fazer as vezes da mercadoria, tal como já a teoria da incorporação sustentara (E von Savignº, *Das Obligationenrecbt,* II, 99).

Pelo conhecimento, o comandante do navio assurrie a obrigação de entregar a mercadoria ao que, com o documento, se legitima como possuidor do que ele transporta. O conhecimento não acompanha a mercadoria, como a carta de frete. Pode ser endossado, se não é nominativo.

2.

Cessão da pretensão à entrega. Perde-se a posse pela cessão da pretensão à restituição ou entrega. Porém aqui convém que se tentem algumas precisões. Nem sempre a pretensão à restituição supõe que o cedente tivesse a posse: o que somente tem a ação de reivindicação, e não a pretensão possessória, não transfere a posse àquele a quem cede a pretensão à restituição; o que apenas comprou a coisa, sem se lhe haver transferido a posse da coisa, tem pretensão à entrega, sem ser

possuidor. O que foi roubado pode já ter perdido a posse e não poder exercer a pretensão àentrega.

E erro exigir-se à posse mediata e à imediata existir entre elas relação jurídica, como E. Bartel *(Der mittelbare Besitz und die* rei vindicatio, 659). Pode dar-se que não exista nenhuma. Erro é, também, dizer-se que a posse ou é própria ou é direta, e não se atender a que a posse própria pode ser plçna (= toda a posse, isto é, sem outro possuidor) ou ser apenas mnºdiata. Nem todo possuidor mediato é próprio, nem todo possuidor imediato é possuidor não-próprio.

Daí toda a razão da crítica de A. Schulenburg *(Uber den Scbutz des Besitzes,* 24) e H. Engelhardt *(Welche Recite stehen dera Qberbesitzer zu?,* 10) a H. Dernburg.

Já dissemos (§ 1.085, 1) que o Código Civil previu, no art. 621, a cessão da pretensão à entrega, tratando-se de transmissão da propriedade. Quanto à posse, não há regra jurídica especial: a espécie entra no art. 493, III. A cessão de pretensão àentrega é negócio jurídico de direito das coisas. O possuidor tem pretensão à entrega da coisa, e cede-a.

E.g.: é possuidor próprio e alugou a coisa, devendo findar hoje o contrato, e cede ao novo locatário a pretensão à entrega da coisa, com o que desde já se desapossa, isto é, perde a posse imediata que lhe viria com a entrega da coisa; o possuidor mediato não-próprio, como o locatário, cede a pretensão à entrega da coisa locada contra o sublocatário; o possuidor próprio, mediato, transfere ao adquirente da posse própria a posse mediata e cede a pretensão à entrega da coisa pelo possuidor imediato; o possuidor imediato (como o locatário) cede ao novo possuidor locatário ou ao possuidor mediato a pretensão à entrega da posse pelo demandado na ação possessória de esbulho (cessão do *ius possessionis).*

3.

Perda da posse para outro possvidor ou tenedor. O possuidor pode perder a posse, sem ser para pessoa que está em relação fática, ou jurídica, com ele; então, simplesmente, perde a posse; se outrem a adquiriu, não vem ao caso, porque houve ponto final em perder, e a aquisição, eventual, é após esse ponto. Pode perdê-la para alguém com que estava em relação fática, ou jurídica. Na primeira espécie, não há

transferência da posse: um perde e outro adquire, porque aquele perdeu. Na segunda, há relação jurídica entre eles. Numa e noutra, a relação só importa como relação fática: tanto importa a *traditio brevi manu* a favor do servidor da posse, ou do tenedor sem posse, quanto a tradítio *brevi manu* a favor do possuidor imediato ou possuidor mediato inferior; e o mesmo havemos de dizer quanto à entrega condicional. Ao transferir a posse ao locatário, ou ao possuidor imediato que tinha o poder fático de locatário, tanto transmitiu ao possuidor quanto transmitiria ao tenedor com poder fático de locatário, se em verdade locatário era outrem. O constituto possessório é negócio jurídico. Sê-lo-á a *traditio brevi manv?* A opinião corrente é essa (cf. E.

Gumpert, *Der Verlust des juristischen Besitzes an den Detentor,* 7); mas sem razão: há apenas tradição. Razão por que o dizer-se que o constituto possessório é o inverso da *breui raanu traditio* se afasta da realidade. Há *plvs,* no constituto possessório, que falta na *traditio brevi manu.*

Quanto à transferência condicional, na L. 38, § 1, D., *de adquirenda vel ara ittenda possessione,* 41, 2, assenta Juliano que, se alguém entrega a posse do fundo de modo que diga só o ceder se o fundo é seu, não se entende feita a tradição da posse se o fundo é alheio. Além disso, é de considerar-se que as posses podem ser entregues sob condição, como as coisas, e só se transmitem se a condição se imple. O transferente faz-se póssuidor mediato e faz ao outorgado possuidor imediato, ou mediato infenor, ou faz ao outorgado servidor da posse, como se o possuidor vende a coisa, condicionalmente, e transfere a posse, condicional-mente; inclusive se se deixa opção ao outorgado (L. Pininski, Der *Tatbestand des Sachbesitzerwerbs, II,* 114).

§ 1.103. Perda da coisa (Código Civil, art. 520, III, 1ª parte)

1.

Perda e posse. No direito brasileiro, o que perde a coisa ainda não perdeu a posse se não se caracterizou considerar-se inachável o bem pelo possuidor que o perdeu. O que a acha tem posse de inventor, cabendo-lhe os atos que a lei lhe impõe. A posse mediata é conservada ao possuidor perdente da coisa. O assunto já foi tratado quando

cogitamos do achador. Perdida a posse da coisa pela perda da coisa, o achador, que dela se apossa para si, esbulha. Daí o cabimento da ação de esbulho. Tal ação pode ir contra o terceiro de má-fé, segundo o art. 505, 2ª parte.

2.

Perda da coisa e posse *raediata.* A posse mediata também se perde se a posse imediata foi perdida pela perda da coisa. De modo que, se, para o possuidor imediato, não ocorreu perder a posse, também não na perdeu o possuidor mediato, e vice-versa. Mas o possuidor imediato pode perdê-la sem que o mediato perca. E vice-versa.

§ 1.104. Destruição da coisa (Código Civil, art. 520, 111, 2ª parte)

1.

Perecimento da coisa. Se a coisa, por destruição pereceu, não se pode ter posse sobre o que não é. Todavia, a posse da coisa destruída continua no que fica da destruição da coisa, pois o resto, a cinza, o material, que resulta da destruição, é outra *res.* A inundação que torna impossível a posse, pelo desaparecimento do terreno, interrompe a posse, de modo que não se pode pensar, por exemplo, em usucapião (J0ã0 Francisco Balbo, *Tractatvs de Prescriptionibvs,* antepenúltima folha, obra não numerada: *natvraliter interrvrapitur per inundationem raaris vel flurainis)*.

2.

Especificação. O que, trabalhando em matéria-prima de outrem, faz, de boa-fé, espécie nova, sem se poder reduzir à forma anterior a matéria alheia, adquire a propriedade e a posse. Se de má-fé, ou se é possível a redução, não se perdeu, somente por isso, a propriedade, nem a posse, salvo se incide o art. 612, § 2ª. A ação de indenização, fundada no art. 614, persiste, bem assim a que se funde no art. 503, ou no art. 504.

Na L. 30, § 4, D., *de adqvirenda vel ara ittenda possessione,* 41, 2, Paulo

diz que a especificação é causa de perda da posse, como se de lã alguém fez vestido. Perde-se a posse da lã, é claro; mas Paulo não cogitou senão da perda da posse, sem aludir àaquisição, em continuação, da posse do vestido. Aliás, a coisa pode destruir-se e extracomercialízar-se o que dela fique (L. 30, § 3, *pr.)*

3.

Uniões e *posse.* As uniões que têm como consequência a perda da propriedade podem operar-se estando os elementos em posse do ganhante ou em posse do perdente; por isso mesmo, a perda da propriedade pela acessão do bem móvel ao imóvel, ou pela adjunção, ou comistão, ou confusão, de bem móvel a móvel, não acarreta sempre a perda da posse. Perde a posse mediata, que tenha, ou toda a posse, o que perdeu a propriedade da coisa pela união à coisa em posse de outrem. Perde a propriedade, sem ter perdido a posse, o que tem a posse da coisa alheia a que se uniu o bem móvel próprio: a posse é da coisa una. Ao ganhante nasce *ivs possidendi,* e não posse ou *ius possession is.*

Mas, se o ganhante tinha posse mediata, a posse imediata da coisa continua com o que perdeu a coisa e a posse mediata do ganhante estende-se a toda coisa, *que* é *una.*

§ 1.105. Extracomercialidade superveniente (Código Civil,art. 520, III, 3ª parte) 1.

Extracormercialidade e posse. Se a coisa é posta fora de comércio, não mais pode o possuidor comportar-se como tal e perde a posse (L. 3, § 17, e L. 30, § 1, D., *de adquirenda vel araittenda* possessione, 41, 2). O art. 520

tratou-a no mesmo inc. III, porque a extracomercialização é como a perda e a destruição (L. 30, § 4), se bem que possam concorrer as duas causas (L. 30, § 3, *pr.).*

2.

Posse mediata e posse imediata. A extracomercialização atinge todas as

posses. Mas seria erro crer-se em que há coextensão absoluta entre posse e extracomercialidade segundo o art. 69 (“São coisas fora do comércio as insuãcetiveis de apropriação, e as legalmente inalienáveis.”). Comercialidade e extracomercialidade permitem e pré-

excluem posse, se correspondem a apropriabilidade e inapropriabilidade. Os bens inapropriáveis, por natureza, como o mar, o ar, as estrelas, são insuscetiveis de posse. Os bens de uso comum do povo (art. 66, 1) são possuidos pelo povo.

Os bens de que fala o art. 66, II (“Os de uso especiail tais como os edifícios ou terrenos aplicados a serviço ou estabelecimento federal, estadual ou municipal”), são bens do Estado: o titular do direito público a eles é a União, o Estado Federado, o Território, ou o Município, ou a pessoa de direito público externo. O Estado tem posse e só excepcionalmente, a titulo precário, poderia dar tença a outrem: o conceito de uso especial pelo titular pré-exclui que se permita outro uso. Quanto aos bens de propriedade do Estado (art. 66, III), o Estado tem posse sobre eles, como tem sobre os bens do art. 66, II, e pode haver sobre eles posse não-própria por outrem. Tal, por exemplo, o do locatário do bem do Estado (art. 66, II!). Foi porque tais bens são suscetiveis de posse que o Estado, para se forrar à usucapião, teve de obter lei especial (cf. Tomo II, §§ 136, 1, 2, 150, 2, 152, 2, 3, 155, 3, e 157, 1, 3).

§ 1.106. Perda pela tomada da posse por outrem (Código Civil, art. 520, IV) 1.

Conteúdo do art. 520, 1V do Código Civil. O art. 520, IV, diz que se perde a posse pela posse de outrem, ainda contra a vontade do possuidor, se esse não foi manutenido, ou reintegrado em tempo competente. Tem-se lido o art.

520, IV, como se dissesse que só se perde a posse se, após o esbulho, houver decorrido o tempo de ano e dia. O art.

520,1V, tem de ser interpretado em consonância com o art. 497, 2ª parte, que é da máxima relevãncia no sistema jurídico brasileiro (“não autorizam sua aquisição” — a da posse — “os atos violentos, ou clandestinos, senão depois de cessar a violência, ou a clandestinidade”). Cessada a violência, ou a clandestinidade, tem o possuidor a seu líbito a justiça de mão própria (art. 502, 2ª parte, *verbis* “restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo”) e a

justiça estatal (art. 499: “O possuidor tem direito a ser mantido na posse, em caso de turbação, e restituído, no de esbulho”). Tempo competente, no art. 520, IV, não é o lapso correspondente à preclusão (terse-ia de perguntar se o prazo seria o do ano e dia ou o dos quinze anos, entre ausentes, ou dez entre presentes), mas o tempo do art. 502, 2ª

parte, ou o tempo para imediata restituição. Daí termos de repelir que só se perca a posse após o ano e dia do art. 523

do Código Civil (Código de Processo Civil, arts. 920-931). Assim, ao dizer a Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 14 de novembro de 1924 *(RT* 52/389), que a conservação da posse *solo animo* não se concebe senão enquanto outrem não a houver adquirido para si, nela se firmando por mais de ano e dia, confundiu aquisição de posse e proteção com rito especial, bem como perda da posse e exercitabílidade da proteção com rito especial. O possuidor perde a posse desde que outrem a adquiriu, *e.g.,* desde que cesse a violência do esbulhador, e dai é que se conta o prazo de ano e dia para a ação possessória de rito especial e para a ação possessória de rito comum. O esbulhador adquiriu a posse desde que cessa a violência e pode exercer, desde logo, a pretensão à proteção possessória, que tem o prazo de ano e dia, com o rito especial, e o de quinze anos, ou dez, conforme a espécie, contados da ofensa que tenha sofrido, após a aquisição da posse (entende-se). O acórdão da Câmara Civil reflete velho e surrado erro em que incidiram alguns escritores franceses e italianos (e.g., Aubry e Rau, *Cours,* II, § 179, nota 17; Pacifíci-Mazzoni, *Istituzioni,* 5ª ed., III, 1, 65; A. Tartufari, *Degli EfJetti dei Possesso,* II, nº 740; M. Planiol, *Traité élémentaire,* 1, §

274). No erro, que cometeu a Câmara Civil, também incorreu, na Itália, a Corte de Cassação (27 de março de 1939), mas foi apontado por B. Dusi *(Istituzioni,* 1, 298, nota 8), P. Bonfante e Fulvio Maroi (Note a B. Windscheid, V, 571

s.) e E de Martino (DeI Possesso, no *Comraentario* de A. Scialoja e O. Branca, III, 506).

2.

Perda da posse pelo ausente. Diz o art. 522: “Só se considera perdida a posse para o ausente, quando, tendo notícia da ocupação, se abstém de retomar a cóisa, ou, tentando recuperá-la, éviolentamente

repelido." O art. 522 tem, quanto aos imóveis, plena base na L. 46, D., de *adquirenda vel araittenda possessione,* 41, 2

(fragmento de Papiniano): *quara vis saltus proposito possidenti Juerit alius ingressus, taradiu priorem possidere diétum est, quaradiu possessionem ah alio occupatam ignoraret;* e na L. 3, §§ 7 e 8 (Paulo): ... *si animo solo possideas, licet alius in fundo sit, adhuc tamen possides. Si quis nuntiet doraura a latronibus occupatam et dorninus tiraore conterritus noluerit accedere, ara isisse cura possessionera placet.*

Quanto aos móveis, o art. 522 também incide. No direito romano, a L. 46 (Papiniano) levou a pensar-se em que o principio somente concernia aos imóveis, pois ali só se abre exceção para o excesso. Diante do princípio romano três atitudes tomaram os juristas: *a)* E. von Savigny *(Das Recht des Besitzes,* T ed., 348), B. Windscheid *(Lehrbuch,* 1, 9ª

ed., 804, nota 8) e A. Randa *(Der Besitz,* 456) viram na L. 46 (e na L. 3, § 7) singularidade, o que F. von Savigny exagerava; *b)* Witte (iJber Schutz durch Interdikte, *Zeitschrift fOr Civilrecht und Prozess,* XVIII, 249 s.), e Baron (Zur Lehre vom Erwerb und Verlust des Besitzes, *iahrbúcher fOr die Dogmatik,* VII, 144) entendiam ser sem importância a questão, tanto mais quanto a viciosidade é relativa (o ocupante teria proteção contra terceiros), de modo que se trataria de exclusão da proteção contra o ocupante; mas é de advertir-se em que haveria, então, duas posses, o que é *contra naturam* (L. 3, § 5; cf. L. Pininski, Der *Tatbestand des .Sachbesitzerwerbs,* II, 202; E. Gumpert, *Der Ver? ust* des *juristischen Besitzes an den Detentor,* 17 s.); *c)* entenderam A. von Scheurl *(Weitere Beitrôge,* 143), Kierulff *(Ciuilrecht,* 394, nota), L. Pininski *(Der Tatbestand des Sachbesitzerwerbs,* II, 196 s.), E. Strohal *(Succession in den Besitz,* 115 s.) e outros que o principio resulta da própria natureza da posse sobre imóveis: os imóveis nunca se desprendem (?) de nós, porque temos sempre informes sobre eles, o que nem sempre épossível quanto aos móveis; os imóveis são estáveis e a ocupação é um ir lá e lá ficar; a ausência, quanto a eles, nunca é demasiado longa *(saltus aestivi, saltus hiberni).*

O Código Civil não distínguiu móveis e imóveis. De modo que a regra jurídica do art. 522 insere no sistema jurídico princípio geral, que supera o princípio romano.

3. *Ausência e abandono.* O art. 522 somente incide se se trata de

ausência sem anteceder, ou coincidir, ou sobrevir abandono. Se houve ou há abandono, causa da perda é o abandono (Câmara Civil do Tribunal de Apelação de Minas Gerais, 10 de junho de 1939, *RF* 81/182), e não a tença por outrem *mais* inércia após ausência. Se o ausente tem notícia da tença por outrem, começa para ele o momento crítico para sua posse: tem de retomar a coisa. Se não a retoma, perde a posse, pois que, com a cessação da clandestinidade da tença pelo outro, se inicia a posse do outro. Se há violência do tomador, que obste à retomada da coisa (não se diga "retomada da posse", porque, *ex hypothesi,* ainda não se perdeu, cf. arts. 497, 2ª parte, e 522), caracteriza-se o esbulho que faz nascer a pretensão à reintegração.

Se o possuidor está ausente, o prazo preclusivo para a ação especial começa, não da notícia da tença por outrem, seguida de tentativa improfícua de retomar a coisa, mas do ato da violência que se opôs à retomada (art. 522). Se não houve qualquer tentativa de retomada, é da notícia que se conta, porque houve, *ex hypothesi,* abstenção de retomar (cf.

art. 497, 2ª parte).

No caso de esbulho por violência, enquanto não cessa a violência, não se perde a posse, de modo que não corre o prazo se a luta pela posse continua. O art. 523, parágrafo único, diz: "O prazo de ano e dia não corre enquanto o possuidor defende a posse, restabelecendo a situação de fato anterior à turbação, ou ao esbulho"; mas há de ser entendido que o prazo não corre enquanto há defesa, ainda que venha a cessar sem restauração da posse, porque é da cessação da defesa que se inicia o prazo (cp. art. 497, 2ª parte).

4.

Se o *esbulhado* possui. A posse injusta não é, a rigor, posse, enquanto não cessa a violência, ou a clandestinidade (art. 497, 2ª parte). Depois que cessa, há posse. O possuidor, que foi violenta ou clandestinamente ofendido, perdeu a posse, o que se confirma no art. 522. Também a posse por abuso de confiança, que também é viciosa, só se faz posse com a notícia ao possuidor, que há de retomar a coisa. Tratando-se de violênºcia, ou o possuidor retoma a coisa móvel, ou expulsa do imóvel o esbulhador. Num e noutro caso, há de o possuidor defender-se ou retomar desde logo a coisa para não perder a posse. Na posse precária, o tenedor ou possuidor se muda a si mesmo e por si mesmo a causa da

posse: podia ser justa a tença ou a posse, fez-se injusta (= contra o *Quieta non* mouere). Se o possuidor perdeu a posse, tem de recuperá-la segundo o art. 502, 2ª parte, ou pedir ao juiz que lha restitua (= que o reintegre na posse). A ação de reintegração unificou os três remédios romanos (unde *vi, de clandestina possessione* e *de precario))*. Se o possuidor é proprietário, nada obsta a que vá contra o possuidor com a ação de reivindicação, a que mais interessam os arts. 510-519. Paulo, na L. 3, § 5, D., *de adquirenda vel ara ittenda possessione,* 41, 2, disse: "... muitos não podem possuir em sólido a mesma coisa *(plures eandera* rera in *solidura possidere non possunt):* é contrário à natureza que quando eu tenha alguma coisa se considere que tu também a tenhas.

Mas escreve Sabino que, quando alguém houver dado coisa em precário, a possuam o mesmo e o que a houver recebido em precário. Trehácio aprovou-o, estimando que um podia possuir justamente e outro injustamente, porém que dois não poderiam possuir injustamente ou justamente. Labeão repreendeu-lho, porque, para o resultado da posse, não importa muito que um possua justa ou injustamente; o que é mais verdadeiro, porque a mesma posse não a podem ter dois, tanto quanto como se se considerasse que tu estás no mesmo lugar em que estou, ou se considerasse que estou sentado no lugar em que estás sentado." Ulpiano, na L. 3, *pr.,* D., uti *possidetis,* 43, 17, argumentou por absurdo com a tese das posses *in solidum;* e na L. 5, § 15, D., *coramodati vel contra,* 13, 6, lembra a Celso filho: *duorura in solidum dominiura vel possessionem esse non posse.* Parece que Juliano (L. 19, D., *de vi* et *de vi arraata,* 43, 16) seguia a Trehácio. Os arts. 497, 2ª parte, e 522 servem a excluir-se que a posse do esbulhado *subsista* quando o esbulhador adquire posse.

A viciosidade não se apaga porque o que tem a coisa injustamente se faz possuidor. Daí poder o que foi possuidor e échamado a juízo, em ação possessória, alegar o vicio da posse do autor (a chamada exceptio *vitiosae possession is).* O esbulhador pode ir contra terceiro, a respeito do qual não é viciosa a sua posse. Pode ir contra o esbulhado, que por sua vez, pode alegar que a posse lhe deve ser restituida, por ser viciosa a posse do autor respeito a ele. Então, ao esbulhado restitui-se a posse, graças à duplicidade da ação possessória. Daí não se tire que eram possuidores o esbulhador e o esbulhado: o esbulhador era-o; o esbulhado, não, razão por que a ação é para que se lhe restitua a posse. Não há, ai, *possessiones in solidum.* Porque o esbulhado perdeu a posse (arts. 497, 2ª parte, 520, IV, e 522). Por outro lado, é preciso precatarmo-nos contra concepções que identificam perda da posse e preclusão ou prescrição da ação possessória *(e.g.,* P. Krúcl□mann,

Sachbesitz, Rechtsbesitz, Rechtsschein, *Archiu fOr die civilistische Praxis,* 108, 233 s. e 238), o que seria ressuscitar e refortalecer a concepção de Trehácio, solução que não seria incompatível com a teoria da posse segundo o Código Civil, que abstraiu do *aniraus* e do *corpus,* mas que tem contra si, no tocante à posse justa e à injusta, a atitude assumida nos arts. 497, 2ª parte, 520, IV, e 522. Nem pode ter acolhida no sistema jurídico brasileiro a concepção de W. Stintzing (Besitz, Gewere, Rechtsschein, *Archiu fOr die civilistische Praxis,* 109, 364), segundo o qual o esbulhador tem posse verdadeira perante terceiros, mas, perante o esbulhado, internamente, somente falsa posse, porque o esbulhado a ele não se submeteu. Seria a posse *relativa* de Rudorff, em nota 137 a E von Savigny *(Das Recht des Besitzes),* com que se não confunde a proteção relativa da posse (relatividade no plano da eficácia), o que Ubbelohde (Die *Interdikte,* 422) sublinhou. Assim, para o sistema do Código Civil, que admite posses em escala (imediata e mediata ou mediatas), o princípio *Plures eandem rem in solidura possidere non possunt* foi posto de lado, dando-se razão a Sabino *(eum qui precario dederit et ipsum possidere et eum qui precario acceperit).* Não, porém, quanto à posse injusta e à justa, porque é preciso que se perca a posse justa para que a outra surja e seja justa ou injusta. Trehácio não logrou acolhida no Código Civil, e sim Labeão.

Perda, no art. 520,111, 1ª parte, é perda da coisa. Perdendo-se a coisa, perde-se a posse. Outra coisa é perder-se a propriedade ou outro direito sobre a coisa (E. Krúss, *fler Besitz* des *Finders,* 6 5.; confusão em A. Sieveking, Der *Finder und die gefundene Sache,* 5 s.). Supóe-se que alguém tenha a posse da coisa, para que, perdendo a coisa, perca a posse. Perdida a posse pela perda da coisa, pode reachá-la o dono, ou possuidos e então o tempo, em que esteve perdida, sem que outrem achasse, foi irrelevante. Quem perde não pode saber onde precisamente está a coisa razão por que não pode achá-la; perde-se a coisa no ma~ na rua, na relva. De algum modo por vezes se sabe onde se perdeu e onde há de estar, porém não com a precisão que permita achar-se a coisa. Mas perde a coisa quem a vê, lá embaixo, no abismo, de onde não se pode tirar (E. Delbrúck, Von Einden verlorener Sachen, *JahrbOcher fOr die Dograatik,* III, 23; E. Krúss, Der *Besitz des Finders,* 14 5.; sem razão, por leitura superficial da L. 25, D., *de adquirenda vel araittenda possessione,* 41, 2, H. Dernburg, *Das Búrgerliche Recht,* 111, 3ª ed., 354). Quando alguém acha a coisa pode a posse estar perdida (E. L. Weiss, *Das Recht* des *Finders,* 8; R. Igen, *Rechtliche Stellung des Finders,* 13). Se o achador foi pessoa que, tomando posse da coisa, a toma para o possuidor (e.g., se quem perdeu foi o incapaz e a achou o representante legal ou o administrador), a relação entre eles é a

relação primária, e não a de achador (cf. C. Reiss, *Uber raittelbaren Besitz,* 26). O achador é um obrigado à posse, se a tomou (Schlieter, *Der Besitz hei der Fundsache,* 38: Springmann, Der *Begriff der Fundsache,* 41): possui com posse imediata, até que entregue a coisa à pessoa que a perdeu ou à autoridade. O perdente readquiriu a posse com a achada, — posse mediata (O. Wendt, Der mittelbare besitz, *Archiv for die ciuilistische Praxis,* 87, 62; E. 1. Bekker, *Aphorisraen zur Besitzlehre,* 19 5.; H. Buhl, *Das Recht der beweglichen Sachen,* 29; E Kniep, *Der Besitz,* 152; K. Maenner, *Das .Sachenrecht,* 127). Ainda no direito anterior, não se devia reduzi-lo à situação da seqúestratário (M. Spittel, *Besitz und Ersitzung einer gefundenen Sache,* 22).

A ação do perdente contra o achador é a do possuidor mediato contra o imediato, porque o achado lhe restituiu a posse, mediatizada. Não a ação de imissão.

§ 1.107. Perda e constituto possessório (Código Civil, art. 520, V)

1.

Constituto *possessório e o que com ele se perde.* O art. 520, V, pôs o constituto possessório como causa de perda da posse; alguém perde e outrem adquire (1ª Câmara do Tribunal de Apelação do Estado do Rio de Janeiro, 3 de agosto de 1944, *RF* 101/544: "O constituto possessório é meio legal de aquisição e perda da posse, sendo sua finalidade transmitir, com dispensa do ato material da apreensão, a posse do vendedor ao comprador, caso em que o alienante perde a posse em favor do comprador que a adquire").

No constituto possessório, o alienante da posse dispõe de mais, possessoriamente, do que aquilo com que fica.

Não fica porque subtraia; fica porque transferiu tudo que tinha e *instantaneamente* recebeu o com que ficou. Essa é a verdadeira construção do toma-lá-dá-cá que é implícito no constituto possessorio. Não há dedução; há dação e recebimento. Na *brevis manus* há menos: quem entrega a posse entrega tudo que tem. Daí ser ato jurídico *stricto sensu* a *brevis raanus,* ato-fato jurídico a tradição simples e negócio jurídico o constítuto possessório. A teoria da posse, que se revela no

Código Civil, dá toda consistência a essa construção, que é rente aos fatos. Não há, a rigor, tradição, há transferência da posse segundo os arts. 493 III, e 494, IV. Toda referência à tradição, ainda fingida, é — *de lege lata*

— de afastar-se, porque a espécie entra no art. 494, IV, e não no art. 493, II. O constituinte transfere a posse que tem, e pois perde-a; se não na tem, não na transmite, e pois nada perde. O que lhe fica ele não perde, porque se deixou; mas alguma posse perdeu e o que se lhe deixou pode ser posse, ou simples tença, ou serviço da posse. Em se tratando de posse, pode-se dizer do constituto possessório que, com ele, sempre se perde posse, porém nem sempre ao que perde posse fica.

2.

Negocialidade do constituto possessório. O constituto possessório já se passa no mundo jurídico. Não é a soma da perda da posse, *menos* algo por parte do que transfere, e da aquisição da posse *menos* algo, por parte do constitutário. Encontra-se isso nos fatos da vida; porém não é isso o constituto possessório. Pelo constituto possessório, há a transferência, há a aquisição e certo elemento negocial, que supre a falta da tradição simples, que seria ato-fato jurídico, e de modo nenhum se identifica com a manifestação de vontade que há na tradição *brevi raanu,* ou na tradição *longa manu.* Analisando-se o constituto possessório em sua negocialidade, vê-se que não houve constituto possessório na tradição de A, absolutamente incapaz, a B, absolutamente incapaz, seguida de tomada de posse de depositário por parte de A: tradição houve, e não importa se B é absolutamente incapaz; não há depósito, propriamente dito, porque o depósito é negócio jurídico em que teria de haver manifestação de vontade por parte de B

e B é absolutamente incapaz. No constituto possessório, B também pode ser absolutamente incapaz, porém não A: somente se pode pensar em constituto possessório se A, pelo menos, pode negociar, se A pode constituir isto é, dar por entregue a coisa que o não foi. Esse elemento negocial é ineliminável, ou só se tem soma de tradição simples *mais* tomada de posse ou tença após a tradição. Se A, louco, dá a B, louco, o relógio, B adquire a posse; se A o põe na gaveta, depois, guardando-o, A é possuidor imediato, ou servidor da posse. Porém não houve constituto possessório.

Para que houvesse constituto possessório, seria preciso que A fosse capaz de dispor, negocialmente, da posse, cindindo o poder fático em posse que vai e posse ou tença que instantaneamente volta.

Para a cisão jurídica, instantânea, é preciso capacidade. Não é o poder fático que objetivamente se cinde; alguém procede àoperação da cisão, que opera no mundo fático, vindo do mundo jurídico. Não há, no mundo fático, constitutos possessórios, — só os há no mundo jurídico. No mundo fático, somente há o resultado do constituto possessório, com a pluralidade de situações fáticas respeito à mesma coisa: A, possuidor imediato, ou tenedor, e 8, possuidor mediato, ou possuidor pleno, sem a tença. O negócio jurídico — talvez unilateral — do constituto possessório dosa o poder fático para A e para B. Depois, há o resultado. Se reduzimos o que se passa à soma tradição simples *mais* tomada de posse inferior ou tença, eliminamos o que é constituto possessório, e tudo mais só se passa no mundo fático, onde os próprios negócios jurídicos são fatos, e não *neqotia.*

§ 1.108. Posse não-própria

1. *Posse* e *tempo.* No art. 520, parágrafo único, disse o Código Civil: "Perde-se a posse dos direitos, em se tornando impossivel exercê-los, ou não se exercendo por tempo, que baste para prescreverem." A regra jurídica foi mal redigida. O fato de ser crivada de erros afastou os intérpretes da missão que lhes cabia, — que era a de explicitação do verdadeiro conteúdo, como peça de sistema lógico. Para se apontar regra jurídica como defeituosamente redigida, tem-se de mostrar em que é que a forma, que se lhe deu, deixa de coincidir com o conteúdo. Se o erro foi intrínseco ou do conteúdo mesmo, então cabe ao intérprete atender ao que se disse, tal como o pode receber o sistema jurídico. O

primeiro defeito foi o de aludir-se a posse de direitos, pois que toda posse é posse de coisa. O segundo foi o de se tomar como terminação da posse a impossibilidade do exercício do direito, — dever-se-ia ter dito "tornando-se impossível exercê-la." O terceiro foi aludir-se ao tempo para a "prescrição" dos direitos.

2. *Explicitação.* Tem-se de ler o art. 520, parágrafo único, como se nele estivesse escrito: "Perde-se a posse não-própria em se tornando impossível o seu exercício, ou não se exercendo por tempo igual àquele que bastaria para que a pretensão oriunda do direito a que corresponde o poder fático prescrevesse." A regra jurídica do art. 520, parágrafo único, não é exaustiva. Também se perde a posse não-própria pelo abandono, pela tradição, pelo esbulho, pelo constituto possessório, pela perda, destruição ou extracomercialízação da coisa. Se não se perdeu por algum desses fatos, entende-se perdida a posse se decorreu tempo suficiente para que a pretensão ligada ao direito, a qdS ela poderia corresponden prescrevesse. Quem deixou de ter posse da servidão durante dez anos perde a posse. Aliás, deixando de exercer o direito de servidão perdê-lo-ia no fim dos dez anos (art. 710, III), coisa diferente de prescrever a ação real, que, a propósito de servidão, teria de acabar com o direito mesmo. Quanto à posse do usufrutuário, o que pode ocorrer é que o direito mesmo se extinga, ou, se à posse não corresponde direito de usufruto, que se extinguiria, se existisse (art. 739, VI). Diga-se o mesmo quanto ao uso e àhabitação (arts. 745 e 748). Não há posse, segundo o art. 520, parágrafo único, que subsista ao transcurso do prazo findo o qual se extinguiria o direito, a cujo poder ela corresponde.

A posse não-própria perde-se como a posse própria e, além disso, pelo não exercício durante o tempo em que se extinguiria o direito. O locatário que deixou de ocupar a casa durante vinte anos, embora o contrato de locação fosse de trinta anos, não mais tem ação contra o locador (art. 177, P parte). O que possuía como locador, ainda que o não fosse, perde a posse, se não a perdeu por outra causa, se os vinte anos transcorreram.

O acordo de transferência da posse, para que opere (= tenha a eficácia de transferir), precisa de que o outorgado esteja em situação de *poder* exercer o poder fático (= assumi-lo). O Código Civil cogitou, explicitamente, da transmissão a causa de morte (arts. 495, *verbis* „transmite-se" e 1.572) e da transmissão entre vivos (art. 520, II, *verbo*

„tradição"). O principio da exercibilidade transmissíva é ineliminável em sistema que abstraiu do *corpus* e do *aniraus.*

Nem se precisa do *actus corporalis,* nem basta a *nuda voluntas domini;* nem de marcação ou símbolo *(nota liqua sive syni bolo).* Basta o suporte fático acordo + exercibilidade do poder fático. Por isso o que

adquire o navio dele recebe a posse com o acordo e a possibilidade de obedecer-lhe o capitão, a quem telegrafa ou pode telegrafar (cp. 5. Fraenkel, *Die Bedeutung des* 5 *854 Abs. 2 des BGB.,* 24). A aquisição é derivativa: o outorgado, — sucessor, ou universal, ou singular (H. Lessing, *Begriff der Rechtsnaschfolgung, 66)*.

O que é preciso é que se tenha sempre em vista que as transmissões da posse pela tradição simples, pela tradição *brevi raanu,* pela tradição *longa manu,* pelo constituto possessório e pelos acordos negociais de transferência se regem por princípios diferentes, porque são eles, de per si, fatos jurídicos diferentes, com lugares nítidos e precisos na classificação dos fatos jurídicos, o que se estudou na Parte Geral.

PARTE III

Eficácia jurídica da posse

Capítulo 1

Eficácia do Fato Jurídico da Posse

§ 1.109. Paz pública

1.

Princípio do status quo. O principio do *status quo,* ou *princípio da conservação do fático,* considerado como imprescindível à paz jurídica, como à paz fática, exige que cada um respeite as situações jurídicas e a posse dos outros.

Quieta non *movere!* As relações de posse existentes, quer tenham elas sujeitos passivos totais, quer também tenham sujeitos passivos individuais, hão de conservar-se como *são,* exceto se o titular delas as muda, ou a sentença determina que se mudem. Ninguém pode, sem ofender o principio, que é, logicamente, de *vida social,* antes de ser de *vida* jurídica, transformar ou extinguir *relações de posse,* cujo titular é outro. Se bem que a posse só se dê no mundo fático, se ela mesma não é objeto de direito, — os sistemas jurídicos tiveram de formular algumas regras jurídicas, indispensáveis à realização de outras, que consideram certas ofensas à posse como atos contrários a direito. Se a posse, em si, emerge do mundo fático e não cria „direito" à posse, o fato de serem atos ilícitos certos atos turbativos ou espoliativos da posse bastaria para que o direito cogitasse de regras pré-excludentes que eliminem a contrariedade a direito por parte de atos que, fora das circunstâncias previstas por essas regras, seriam contrários a direito (art. 502, *verbo* "turbado"), e da tutela jurídica — no plano privado — do status *quo* possessório (auto tutela, art. 502, *verbo*

"esbulhado"; tutela estatal, arts. 499-501, 503-509). O que está em luta com alguém, que o quer desapossar, defende-se, e o seu ato ou seus atos, in *ipso* congressu, isto é, enquanto há golpes ou gestos de lado a lado, embora, de ordinário, pudessem ser contrários a direito, não no são. E a *legítima defesa da posse,* pois não é só legitima defesa a que repele atos contra a pessoa. A tutela jurídica é contra a ameaça (art. 501, em ação cominatória), ou contra a turbação (art. 499, 1ª parte), ou contra o esbulho (art. 499, 2ª parte), ou pela ação de indenização (art. 504), ou pela justiça de mão própria ou autotutela (art. 502, 2ª parte, *verbo* "esbulhado").

2.

O Código Civil, ad, *505, 2ª parte.* Não importa qual o motivo, com que ou por que atuou o turbador ou esbulhador, nem qual o seu direito. A exceção do art. 505, 2ª parte, é de melhor posição do proprietário, no caso *de dúvida.*

Há ofensa à posse ainda que não haja dano; a posse e *um* Lena *em si mesmo.* Tanto pode A opor-se a que E corte madeira no seu sítio, quanto a que uti]ize os caminhos particulares para ir ao outro lado, ou encurtar distância entre lugares diferentes do seu próprio sítio.

3.

Importância da tutela da posse. A tutela da posse é, no direito, o que mais importa, porque a posse é acontecimento do mundo fático, cuja significação eeonômica e social se opera nos fatos, fora do mundo jurídico.

Somente a tutela jurídica a traz a esse. Somente se cogita de direitos, pretensões e ações porque se protege a posse e, pois, a partir do momento em que se tem de proteger Os atos jurídicos, os fatos jurídicos stricto sensu, os atos-fatos jurídicos e os atos ilícitos geram direitos,~ pretensões e ações, a que a tutela jurídica, que é estatal, sucedânea da justiça de mão própria, que era privada, acode, para os proteger. Quanto à posse, nao. A tutela jurídica e a permissão da justiça de mão própria (art. 502, 2ª parte) precedem a quaisquer direitos, pretensões ou ações que nasçam da posse.

Ou a posse se inclui como elemento fático em ato-fato jurídico ou em

ato jurídico, ou, até, em fato jurídico *stricto* sensu (art. 1.572), e entra no mundo jurídico, ou a invocação da tutela jurídica faz o juiz estabelecer como se hão de compor as partes, ou se invoca o art. 502, 1ª e 2ª partes, de jeito que se possa colorir (= juridicizar) o acontecimento fático que é a relação possessória. O art. 502, 1ª parte, diz que a legítima defesa pode ser exercida quanto à posse, e o art. 502, 2ª parte, que a justiça de mão própria cabe ser exercida logo, *ex* contínenti, não *ex intervalio.* Um e outro assentam que, dados os respectivos pressupostos, não há contrariedade a direito, — o que não deixa de revelar que existe, no sistema jurídico, o princípio do status *quo,* o Quieta non *movere.*

O próprio conceito de posse depende da proteção jurídica que se dá ao poder fático. Toda tença a que se promete tutela jurídica é posse *(Protokolle,* 3.732 S.; cf. 3. Wolff, *Der BegrifJ* des *Besitzes,* 8). Por isso mesmo, o que era posse, para o direito romano, não é o mesmo que o que é posse para o direito de hoje, e. não houve uma só enumeração de casos de posse para o direito romano de todos os tempos.

§ 1.110. Possuidor e emprego da força

1.

Princípio da não-violência. Sempre que há regra jurídica que pré-exclui a contrariedade de direito, que os atos de força soem ter, em virtude do *princípio da* nâo-uiolência, o emprego da força torna-se permitido (= não-contrário a direito). Em consequência, não entra no mundo jurídico como ato ilícito, desde que se contenha nos limites que a lei pressupôs. *a)* Para que o ataque de outrem seja repelível e não se contradiga a ordem social com a permissão dos desapossamentos, a técnica jurídica pré-exclui a atos de defesa — ditos, por isso, atos de legitima defesa — a contrariedade a direito. O ato, que, sem essa circunstância, seria contrário a direito, não no é. Daí não se tire, conforme temos frisado com freqúência, que haja direito à legítima defesa. Não existe esse direito. Não é direito o poder-se, de fato, defender a posse, ou impedir-se que alguém ofenda a pessoa. O que se dá éque esses atos deixam de ser, por serem em "legítima" defesa, atos contrários a direito. A intromissão do conceito de direito seria, não só supérflua, mas imprópria, errada. O servidor da posse tem o poder de

fato — quiçá, perante o possuidor, o estrito dever — de defender a posse de outrem. *b)* Se o possuidor perdeu, definitivamente, a posse, pelo esbulho, possuidor não mais é: seria *contradictic* in terminis falar-se de legitima defesa por parte do possuidor que não mais o é; mais grave ainda, aludir-se a direito de defesa da posse (Recht zur Besitzwehrung), como fazem tantos juristas *(e.q.,* Martin Wolff, *Lehrbuch,* III, 27ª-32ª ed., 46).

2.

Conteúdo do *Código Civil, czrt. 502.* Diz o art. 502: "O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se, ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo." Esse "logo" se liga ao „tempo competente" do art. 520, IV.

O

art. 502 tem raízes em dois sistemas jurídicos diferentes: a força, empregada, em *justiça de mão próprio,* pelo esbulhado (art. 502, *verbo* "esbulbado"), ê de origem germânica; o *desforçamento* (legitima defesa da posse) é comum ao direito romano e ao germânico; as *ações possessórias* provêm do direito romano. (a) No art. 502, há a legítima defesa, tratando-se de turbação: o possuidor, que se sente ameaçado de esbulbo ou de turbação, — ao inicio do ataque contrário à sua posse, reage, em legitima defesa: desforça-se. *(b) „Se* já lhe tiraram a posse, não poderia o possuidor desforçar—se, simplesmente; porque seria mais: pôr-se na atitude de quem julga o seu próprio direito e se desforça, se vinga, se restitui. Não há, certo, ai, só o elemento fático do desforço. Há mais: há exercício de direito, que o esbulhado se atribui, de se restituir pelas próprias mãos, substituindo-se à justiça estatal. O possuidor, que repele, pela força, à~

força, só se defende, só se desforça; o que se restitui, julga do próprio direito e executa como se fora o juiz. O art. 502

contêm, portanto, (a) espécie do a que se alude no art. 160, 1 (verbis „em legitima defesa"), e *(b)* espécie de justiça privada, ai só referente à posse. Legitima defesa só há, se o ataque ê no presente, atual, e supõe que ainda se não haja consumado o esbulho. Portanto, já se não pode pensar em legítima defesa, se, por exemplo, a outra pessoa já está de posse da coisa móvel, embora ainda não a tenha levado consigo, ou para casa, ou escondido, ou guardado. Se a posse de um já periclita, porque outrem a tomou, não se pode falar de turbação; já é

de esbulho que se trata. Não seria de legitima defesa que se haveria de cogitar. O ato pelo qual o desapossado recuperaria a posse já seria ataque, isto é, ato de justiça privada. Na legitima defesa, a regra juridica pré-excludente diz que o ato em legitima defesa que, sem ela, entraria, como ato ilicito, no mundo jurídico, nele não entra, porque a regra mesma o tem por ato não-contrário a direito: apagou-lhe a contrariedade a direito, e assim o deixa, lá fora, no mundo fática, pelo menos porque o não marca, com a sua incidência, como ato ilícito. A justiça privada supõe ataque, remédio; e não legítima defesa. Tem de passar-se no mundo jurídico; portanto, há de haver direito a que se exerça tal justiça, direito que ê da classe daquele que tem o Estado a conhecer, de oficio, de violações de direito, proferir sentença e executá-la. Até certo ponto, o justiçador substitui-se ao Estado, razão por que não pode fazer mais do que poderia, in *cosu,* o próprio juiz estatal.

Nem todos os juristas percebiam a diferença nos dois conteúdos dc art. 502. A pouca ciência de alguns ou a desatenção de outros só lhes via o conteúdo de legitima defesa. Força contra força, dai dizer-se "contanto que o faça logo." Ora, não é isso o que chegou até nós, como produto histórico, iniciado com a fusão dos dois sistemas jurídicos, o romano e o germánico.

§ 1.111. Tutela jurídica da posse

1.

Fundamento da tutela jurídica da posse. A tutela jurídica possessória assenta em que há interesse geral em se assegurar a ordem fática, para que nada se mude, sem ser dentro de paz, ou por decisão de justiça. Somente a *deliberação* dos homens, sem violência, e a aplicação das leis, se houve desrespeito a elas (= se a aplicação não é igual à incidência das regras jurídicas), devem poder mudar os estados de fato existentes. Tal o fundamento da proteção possessória, que a ciência de hoje aponta (A. Pernice, Parerga, VI e VII, *ZeitschriJt der Sauigny-Stiftung,* róm. AbU, 17, 169 sã. Assim, ficam afastadas as teorias que atribuíam a proteção possessória: a) ao fato de estar conticla (ou ser necessária) à proteção da personalidade (absurdo, que se vê ainda em E.

Brodmann, no *Kommentar* de O. Planck, III, 4ª ed., 33); *b) a* ser delito o usar-se da força (E von Savigny, A. F.

Rudorfi, A. Brinz); *c) a* ser complemento necessário da proteção da propriedade (R. von Jhering), o que levaria a explicar-se a posse do ladrão como efeito *reflexo; d)* a ser simples ofensa ou desconsideração à vontade (E. Gans, O. E

Puchta, B. Windscheid, A. Randa). A afirmativa de Paulo sobre ter mais jus, mais direito, quem possui do que aquele que não possui (L. 2, D., *uti* possídetis, 43, 17: *qualiscum que* enini possessor hoc *ipso, quod* possessor est, *plus* juris *habet quam ilie qui non possidet)* tem-se de interpretar como enunciado de *princípio de* conservoçâo *do Jático,* porque só assim se há de entender *jurídico* o prevalecer, provisionalmente, o fático.

Nos países em que as ações possessórias escassearam, pensou-se em que seria possivel eliminar-se a tutela possessória. Bastariam as medidas cautelares ou preventivas (cf. medidas preventivas do Código de Processo Civil, arts. 769-812) e as policiais. Já o direito francês (antigo Código de Processo Civil francês, arts. 23 si a reduzira à posse imobiliária~ e o direito inglês desconhecera o procedimento judicial de tutela possessória. Na linha de evolução do direito luso-brasileiro, seria surpreendente que se reduzisse a tutela possessória à tutela provisional ou de segurança, com a sua típica e incompleta cognição. A posse é que se protege provisionalmente; mas a pretensão e a ação possessória não são provisionais, nem cautelares: a cognição, nelas, é cámpleta; as sentenças têm eficácia de coisa julgada, formal e material, quanto ao possessorium. Por outro lado, politicamente, as pretensões e ações possessórias exercem, nos países novos, de território ainda não cadastrado, enorme função civilizadora, pelo que opõem à violência e à clandestinidade. A chamada provisionalidade é em relação à propriedade.

2.

Quando há ofensa à *posse.* Há ofensa à posse quando se esbulha, ou quando se turba o poder fático do possuidor imediato ou do possuidor mediato, salvo se há regra jurídica pré-excludente que retire ao ato de despojar da posse ou de a turbar o ser contrário a direito (isto é, contrário ao principio de conservação do fático). a) *Esbulho* é todo ato em virtude do qual ao possuidor se retira a posse, total ou

parcialmente, ou a composse, ou a posse sobre bade real.

Vê-se do lado do esbulhado o esbulho, e não do lado do esbulhador, razão por que pode esse esconder a coisa, para depois se apoderar dela, ou tirar a posse para dar a outrem. *b) Turbaçõo* há quando se lesa a posse sem se chegar ao esbulho. Por exemplo: alguém começa de preparar edificação, em terreno de outrem; ou o servidor da posse desobedece às ordens que recebera; o vizinho dá saída as águas pelas terras contiguas ou não; o locador impede que o locatário receba visitas no apartamento alugado, a pretexto de serem inimigos (em todo o caso, o regulamento do edificio de apartamentos pode prever que não se recebam pessoas fichadas pela polícia como jogadoras, ou condenadas por furto ou roubo; cf. R. Schmidt, *Der negatorische Beseitiqungsanspruch,* 38 s.). Se alguém nega a posse, com isso, só, não a ofende (K. Hellwig, *Anspruch und Klagrecht,* 28, nota 11): basta ao possuidor a ação declaratória.

Têm surgido argumentos contra isso, por parecer a alguns juristas que negar a posse já é turhá-la. Mas a discussão não atendeu a que só se acha insuficiente a negação se é pura, isto é, desacompanhada de qualquer ato do que nega ou sem efeito quanto aquele contra quem se dirige. Se A, homem poderoso, nega a posse de E, de modo que E se tem de abster do poder fático, por lhe parecer, razoavelmente, que há ameaça na negação, houve turbação da posse. A discordância, portanto, entre K. Hellwig (também *Lehrbuch,* 1, 374), H. Dernburg *(Das Búrgerliche Recht,* III, 3ª ed., 91), L. E A. E. Bartels (Ausfúhmngen zur Eesitzlehre, *Oruchots Beitrâqe,* 42, 677) e Martin Wolff *(Lehrbuch,* III, 27ª-

32ª ed., 45), de um lado, e, do outro, J. Biermann *(Sachenrecht,* 32), li. Rosenberg *(Sachenrecht,* 88), E Kretzschmar *(Das Sachenrecht,* 29), K. Maenner *(Das Sachenrecht,* 144), C. Crome (System, III, 70, nota 31), e E. Rohde *(.Studien,* XXII, 13) foi apenas o fruto de se não haver precisado a questão: nem sempre o enunciado existencial negativo (não tens posse, tenho eu a posse) é puro; há, por vezes, cominação, ameaça contra o exercicio, ou a continuação do exercício do poder fático, proibição, ou, até, inicio de força, mesclado ao enunciado de não-existência.

Não se pode dizer, como faz, por exemplo, O. Warneyer (Ronarnentar, II, 13), que bastem “simples palavras“, nem que não bastem: há simples palavras, que são, já, força, e simples palavras, que não passam de enunciado existencial negativo. Esse, sim, não basta; só a ação declaratória caberia. Não se deve transplantar para o plano da tutela possessória o que é peculiar à tutela dos direitos de

personalidade, na qual a negativa é suficiente à pretensão e a ação condenatórias especificas, nem o que corresponde à tutela dos direitos reais, com a pretensão e a ação negatórias. *c)* Nem sempre é fácil distinguir-se do esbulho parcial a turbação; no entanto, é de toda conveniência distingui-los com rigor, devido a só ao esbulhado competir a justiça de mão própria, e a exceção do art. 505, 2ª parte, ao princípio da restituibilidade da posse só ser para o caso de esbulho. Se o autor da ofensa, com ela, ou por ela, se fez poder fático sobre a coisa (= constituiu para si posse total ou parcial, imediata, ou mediata), houve mais do que turbação,

—

houve esbulho. Assim, se o que ofendeu, ou ameaçou, obteve permanecer na coisa, ou se transportar pela terra alheia como titular de servidão de passagem, ou proibi-lo ao que a tem, não só turbou, — esbulhou. Se alguém edifica além dos limites do meu prédio, esbulha, — não somente lurba. Entendia Th. lKipp (em B. Windscheid, *Lehrbuch,* 1, 9ª ed., 792 e 820) que pode haver só turbação apesar de ter o ofensor adquirido posse (parcial), — o que é, evidentemente, confundir turbação com privação parcial da posse do outro. A ofensa pode ser, em parte, esbulho, e a pretensão e a ação são as de esbulho; e, em parte, turbação, regendo-se pelos princípios peculiares.

Na turbação também entram aqueles casos em que o ato turbativo, positivo ou negativo, fez desencadear-se alguma força natural (= extra-humana), como inundação, incêndio, ação de animais ou de loucos *(e.g.,* abrir a jaula de animais ferozes para molestar na posse, pôr de guarda o louco, armado ou não). A conseqüência pode levar até o esbulho.

3.

Esbulha e turbaçáo; vontade pré-excludente. Para que haja ofensa, basta que seja sem a vontade do possuidor.

Não é preciso que seja *contra* ela. Tem-se de discutir se há esbulho, ou turbação, se o possuidor, menor de dezesseis anos ou louco, permitiu o ato, positivo, ou negativo, do que lhe toma a posse. Aí, tem-se de apurar se houve abandono (art. 520, 1), ou tradição (art. 520, II), porque se houve aquele, ou essa, não houve esbulho, nem turbação; e o abandono da posse é ato-fato jurídico, que o absolutamente incapaz pode praticar, com toda a eficácia, e a entrega-tomada da posse (a

tradição, art. 520, II) também o é, de modo que, se o absolutamente incapaz entregou a posse, esbulho não houve, nem houve turbação, se houve, a despeito da incapacidade, a perda. Contra, sem razão, 3.

Biermann *(Sachenrecht,* 23), 3. Breit, *Die Geschàftsfàhigkeit,* 259), O. Planck, *Komrnentar,* (III, „1ª ed., 57), O.

Warneyer *(Kornmentczr,* II, 9), que tem o "aquiescimento" como ato jurídico *stricto sensu,* exigindo não capacidade, mas "maturidade da vontade", E. Endemann *(Lehrbuch,* II, 1, 227, nota 2), E. Zitelmann (Ubereignungsgeschãft, 70, 24) e L. Raape (Oebrauchs- und Besitzúberlassung, *iherings Jahrbúcher,* 71, 141; certos, Martin Wolff *(Lehrbuch,* III, 27ª-32ª ed., 45), L. Rosenberg *(Sachenrecht,* 66), E. Rohde *(Studien,* XII, 16). Dir-se-á que érepulsivo entender-se que não esbulhou, nem turbou, o que se apossou da coisa, sabendo que o tradente era louco, ou menor de dezesseis anos, ou estava embriagado; mas, ai, a posse não é só *viciosa,* — houve o ato-fato jurídico da posse, *ato ilícito* absoluto, como o ato do ladrão. Se nos mantemos com os dois conceitos bem precisos, evitamos sérias confusões, pois introduziríamos regras jurídicas sobre incapacidade, *fora* do art. 493, III, e parágrafo único. Não é por ser de incapaz o ato do louco que a posse do que dele a recebe é criminosa, — e sim porque as circunstáncias mostram que se infringiu o principio da conservação do fático.

A vontade pré-excludente do esbulho, ou turbação, há de existir no momento do ato ofensivo. Se, antes, foi dada a permissão, ou manifestada a vontade de entrega, e retirada a vontade, com exteriorização suficiente, sem que, nesse momento, já estivesse tomada a posse, tomando-a agora o que obtivera a permissão, ou encontrara a posse vaga, há esbulho, ou turbação. O que abandona a posse pode retomá-la antes que outrem se aposse da coisa. Para se saber a quem cabe o ônus da prova, é de grande importância partir-se de que a vontade pré-excludente do vicio da força, uma vez manifestada, se tem por permanecente.

4, *Estado de necessidade e ofensa á posse.* Também pré-exclui que se trate de esbulho, ou turbação, o ter alguém sido privado da posse em estado de necessidade, legitima defesa, ou exercício de justiça de mão própria (art. 502). Se a ofensa autorizada pela lei deixa de ser autorizada, por ter cessado a suficiência do suporte fático da regra jurídica pré-

excludente, começa de ser esbulho ou turbação. Também funcionam como regras jurídicas pré-excludentes da viciosidade e da ofensividade as regras jurídicas (permitidas pela Constituição) de direito público, que dêem entrada, ou inspeção, ou outro ato possessoriforme à atividade das autoridades públicas. Bem assim as que regem incursões judiciais na esfera jurídica privada, tais como as que permitem arresto, seqüestro, depósito ou outras medidas provisionais, penhora etc.

5. *Ofensor que tem posse.* A tutela jurídica da posse não supõe que o ofensor não tenha posse. A tutela jurídica do domínio supõe que o demandado não tenha o domínio; porém isso não ocorre, em se tratando da posse; demandante e demandado podem ter probabilidade de serem possuid‟ores, razão por que se fala de melhor e de pior posse (art. 507), de posse justa (= não-viciosa) e de posse viciosa (art. 489).

(a) O esbulho vicia a posse: o esbulhador é possuidor, porque posse é poder fático; mas a nódoa de origem acompanha a sua posse; duas posses estão diante do juiz: a1 *anterior,* do que foi ofendido, com ofensa a que se seguiu posse total do ofensor, viciosa essa (= injusta, art. 489).

(b) A posse viciosa transmite-se com a viciosidade, se há sucessão a causa de morte, porque ao herdeiro, legitimo ou testamentário, se transmite a posse "com os mesmos caracteres" (art. 495); os outros sucessores universais, se adquirem a posse, continuam a do universalmente sucedido, se *alegam* a sucessão: se não a alegam, só se há de ver a sua posse (certos, L. Rosenberg, *Sachenrecht,* 61; 1 Biermann, *Sachenrecht,* 24 e 26; sem razão, além de Martin Wolff, — C. Crome, *System,* III, 17, 1(. Kobeem *J. v. .Staudingers Kommentar,* III, 33, e O. Gierke, *Deutsches Privatrecht,* II, 242). Ainda *de lege ferenda,* a atitude do Código Civil é preferível ao que grande parte da doutrina alemã pretendia.

(c) Quanto ao sucessor singular, não-legatário, o art. 496, 2ª parte, permite-lhe "unir" a sua posse à do antecessor ("ao sucessor singular é facultado unir sua posse à do antecessor, para os efeitos legais‟"). O sucessor singular, exceto o legatário, que adquiriu de boa-fé, está livre da contagiação pelo vicio da posse do antecessor, *se o alega e o pode provar.* A lei dá-lhe o direito formativo gerador de unir a sua posse à do possuidor de boa-fé, de quem a houve. Se a adquiriu de má-fé (e.g.,

sabendo do vício da posse do antecessor), pode ter interesse em ligar a sua posse à do possuidor anterior, para cômputo de tempo, e também aí exerce ele direito formativo gerador. Não pode, se de má-fé, continuar, com os sucessores universais (art. 496, V parte), a posse de boa-fé do antecessor. Aí está diferença, que é da máxima importância, no direito brasileiro, entre a posse do sucessor universal e a do sucessor singular.

(d) O que adquiriu a posse, derivativamente, se conhecia o vício da posse do anterior, é adquirente de má-fé (art.

490); se o ignorava, não pode, contudo, unir a sua posse à do anterior, porque a lei não lho permitiu (arg. ao art. 496, 2ª parte). Sucessor de boa-fé, a sua posse é incontagiada pelas posses anteriores; de má-fé, os vícios anteriores passam à sua posse. Assim, aquele, a quem foi roubada, ou furtada, a coisa, pode ir contra o ladrão e contra o que, conscius, adquiriu do ladrão. Se o que adquiriu do ladrão a coisa ignorava o esbulho, não adquiriu a propriedade (cf. art. 622), porém adquiriu, sem vício, a posse: o dono da coisa e possuidor esbulhado tem de ir contra ele, com a ação de reivindicação (art. 524), ou com a vindicatória da posse (art. 521). Essa proteção possessória contra o *successor spolii conscius* e o terceiro ciente não existia no direito romano, e, na ação de esbulho, a reintegração não sofria *exceptio vitiosae possession is:* quem fora esbulhado tinha de ir contra o esbulhador; não havia legitimação passiva do *successor spolii conscius.* A evolução posterior admitiu aquela legitimação e uniformizou o tratamento das ações de esbulho e de turbação. Continuaram inadmissíveis as exceções

ex lure, exceto a exceção de domínio evidente, no esbulho (art. 505, 2ª parte); e a reintegração tratou-se como a manutenção, salvo quanto a ser prévia aquela. O art. 504 permite contra *successor spolii conscius* a ação de esbulho, como, também, a de indenização.

O terceiro, que recebe a posse, conhecendo o vicio, é legitimado na ação de esbulho, tal como o *successor spolii conscius.* Porém há-se de prestar atenção à diferença: o sucessor singular pode unir a sua posse à do antecessor; o terceiro, que a tem originariamente, não.

(e) O legatário, sucessor singular a causa de morte recebendo a posse (o art. 1.572 não incide quanto a ele), recebe-a com os vícios. Dá-se a

transmissão da viciosidade. O Código Civil tratouo, aí, como aos herdeiros, legítimos e testamentários, sem que lhe concedesse a saisina (art. 496). Assim, nem ficou no plano em que se acham os outros sucessores singulares (art. 496, 2à parte), nem no plano dos terceiros não sucessores (art. 505), nem foi colocado no plano dos sucessores universais não-herdeiros (art. 496,

§ 1.112, Posse que se protege e objeto da posse

1.

Coisas corpóreas e coisas *incorpóreas.* O conceito de posse, que se tira do art. 485, não contém qualquer referência àcorporiedade da coisa. Possui-se o corpóreo como se possui o incorpóreo. Onde o sistema jurídico admitiu que haja proprietário de bens incorpóreos admitiu que haja possuidor de bens incorpóreos. Por isso, foi contra direito o acórdão do Supremo Tribunal Federal, a 20 de maio de 1927 *(Ai* 111/221), que entendeu não poder ser objeto de posse coisa incorpórea. O problema concretiza-se a respeito da posse autoral (posse do que vai tirar e está tirando edição do livro), inconfundível com o direito autoral de personalidade (Tomo VII, § 756), que tem tutela jurídica ainda mais eficiente. O editor E adquiriu o direito de 3ª edição do livro de A e A vai entregar a edição a C, — B , que está a compor o livro (ato de poder fático), ou que pode compô-lo, porque, por exemplo, lhe foram entregues os originais, ou se lhe permitiu adquirir exemplar da edição anterior (poder fático, com possibilidade de ser exercido); tal editor tem a posse e pode exercê-la e defendê-la. A decisão da 5ª Câmara da Corte de Apelação do Distrito Federal, a 8 de agosto de 1934 *(Ai* 33/200), que se referiu, erradamente, a coisas corpóreas, como se todo direito sobre coisas incorpóreas fosse pessoal, não merece, nem sequer, crítica: ao direito de propriedade autoral e ao direito que tem por objeto energia elétrica corresponde posse, poder fático; há direitos reais a que não corresponde posse *(e.g.,* hipoteca) e direitos pessoais a que pode corresponder posse (locação, comodato). Também aludiram à corporiedade da coisa a 4e Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 31 de março de 1931 *(RT* 77/620), e a Corte de Apelação do Rio Grande do Sul, a 22 de julho de 1927 (112/286). A respeito de direito de propriedade literária há sentença do Juízo de Direito da Capital de São Paulo, a 4 de abril de 1929 (71/339), sem discussão do assunto. Quanto à energia elétrica, a jurisprudência dividiu-se: *a)* pela proteção possessória, a 5ª Câmara

Cível da Corte de Apelação do Distrito Federal, a 16 de agosto de 1937 *(RT* 115/770): "Constituindo o uso de energia elétrica, nos prédios urbanos, serventia de natureza real, e o seu fornecimento serviço público permanentemente obrigatório, é lícito aos particulares, dele privados sem justo e não comprovado motivo, valerem-se dos interditos possessórios para sua defesa"; *b)* contra, a Cãmara Civil do Tribunal da Relação de Minas Gerais, 7 de janeiro de 1931, *RE* 56/167: "O contrato de fornecimento de energia elétrica é uma locação de serviços e, pois, as relações dele decorrentes não são suscetíveis de proteção possessória. Ainda que juridicamente possível fosse a posse da corrente elétrica, sua natureza física excluiria a proteção pelo interdito proibitório"; a 5ª Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, a U de dezembro de 1938, *RT* 118/139; e a 3ª Câmara da Corte de Apelação do Distrito Federal, a 3 de dezembro de 1934: "Os interditos têm por fim proteger a posse de coisas corpóreas ou a quase-posse dos direitos reais (?) desmembrados do dominio, e não são, portanto, meio hábil para garantir o exercício de direitos pessoais. Acresce que os próprios aparelhos pertencem à Companhia Telefônica, que os aluga, além de que se trata de serviço *público* e que a primeira ré está agindo com autorização da segunda, a Prefeitura Municipal, que os autores também fizeram citar. Ora, outro princípio assente é que, em geral, não se concedem (?!) interditos contra atos da administração pública." Veja § 1.112, 2.

A proteção possessória tanto se refere aos bens imóveis como aos bens móveis, desde que haja posse ou se tenha perdido por esbulho (cf. Supremo Tribunal Federal, 22 de abril de 1919, *RF* 61/172; Corte de Apelação do Amazonas, 27 de março de 1936, *Julgados* e *Decisões,* 1936, 1, 349). Alguns advogados e juizes, por influência de leituras estrangeiras, entendiam que não se protege a posse dos móveis, mas isso foi repelido, não somente porque o Código Civil tratou igualmente bens imóveis e bens móveis, como porque assim fora no direito romano, no direito po rtuguês antigo, no direito luso-brasileiro e no brasileiro (cf. voto vencido do Desembargador Raimundo Pessoa, na decisão do Tribunal de Apelação do Amazonas, a 18 de março de 1938, Jul *gados e Decisões,* 1938, 1, 535, contra a insustentável opinião contrária de Azevedo Marques e Artur Ribeiro).

2.

Coisas fora do comércio. Quanto às terras fora do comércio ou quaisquer outros bens extracomércio não cabe proteção possessória, se

a posse, que se alega, é posse própria; salvo se o autor da ação é o Estado e o bem é extracomércio por lhe pertencer (Tribunal de Apelação do Amazonas, 26 de agosto de 1938, *Julgados e Decisões,* 1938, II, 439: "Se o bem dominical não se presta à posse *ad usucapionern,* também não se presta à posse *ad interdicta,* por ausência, em um e outro caso, do requisito *res habilis"),* ou o povo.

3.

Proteção possessória e *posse mediata.* O que ocorre ao possuidor imediato pode não atingir o possuidor mediato. Se dois ou mais forem os possuidores mediatos, qualquer deles, a que tenha sido ofendida a posse, tem ação possessória, mas a posse imediata só se lhes dará se o possuidor imediato não a quiser e o possuidor mediato inferior ou os possuidores mediatos inferiores não a quiserem. A ofensa pode ser ao possuidor mediato sem ter sido ao imediato, ou ao possuidor mediato de grau superior, sem ter sido ao possuidor ou aos possuidores mediatos de grau inferior, e então a proteção possessória somente cabe ao ofendido. É de repelir-se que se tenha de tratar de ofensa ao possuidor mediato e ao imediato. O art. 1.191 do Código Civil de modo nenhum significa que o locador não possa defender a posse se o locatário não se sentiu molestado na sua, ou não lhe deu conhecimento da turbação ou do esbulho. Nem o locatário fica privado de se defender possessoriamente se a ofensa partiu de terceiro, sem que reagisse ou se defendesse o locador, possuidor mediato. Não é preciso, para se defender possessoriamente, que o locador alegue e prove que o locatário não se quis defender, ou não pôde defender-se; nem precisa o locatário, para se defender, possessoriamente, alegar e provar que o locador não se quis defender, ou não se pôde defender. O direito brasileiro é, nesse ponto, de maior clareza que o alemão, porque não se lhe inseriu regra jurídica como a do §869 do Código Civil alemão. Diante de terceiros, todo possuidor ofendido se pode defender, sem precisar de assentimento ou de qualquer ato de outro possuidor. A subsidiariedade, de que lançou mão F. Kniep *(Der Besitz,* 422 s.), é estranha ao direito brasileiro e, aliás, ao alemão a despeito do § 869.

Os possuidores imediato e mediato têm ação um contra o outro; e de modo nenhum é preciso que se discuta, na ação possessória, a realidade do negócio jurídico acaso existente: o que se discute é o poder fático, que compõe a posse. Nem o processo da ação possessória é lugar próprio para se nele pedir, discutir e julgar resolução de

contrato bilateral por inadimplemento.

Na composse, não se tratam diferentemente a posse imediata e a mediata. Entre si, os compossuidores somente têm proteção possessória se não se discute a extensão. Se se caracterizou a comunhão *pro diviso,* não há composse, mas posse de partes da coisa. A proteção possessória cabe.

§ 1.113. Posse que se protege e contra quem se protege

1.

Pessoas físicas e *pessoas jurídicas.* A proteção possessória independe de quem seja a pessoa física, ou jurídica, que a peça, desde que tenha posse. Nem sempre os tribunais empregam os termos próprios para se se referirem à proteção possessória às pessoas jurídicas. A 3ª Câmara do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, a 23 de maio de 1938 *(RD* 130/139), disse, por exemplo: "E de jurisprudência pacífica que os administradores das pessoas juridicas de direito privado, no exercício do cargo para que foram legitimamente eleitos ou nomeados, podem usar das ações possessórias contra os atos turbativos de terceiros, visando a defesa das coisas sob sua guarda." Ora, o órgão da pessoa jurídica não tem posse imediata, por isso mesmo que é órgão; se, de acordo com alguma lei, ou estatutos, se cindiu a posse, de modo a ficar à pessoa jurídica a posse mediata, por seu órgão, e a posse imediata a alguma das pessoas que façam parte do órgão, então se pode falar de titularidade de tal pessoa quanto à pretensão possessória; fora dai, não.

2. *Atos estatais.* Não importa se o turbador ou esbulhador foi pessoa física, ou pessoa jurídica, inclusive o Estado (17

de novembro de 1920, 56/302).

A distinção entre serem os atos ofensivps manifestamente inconstitucionais, ou ilegais, ou não, é sem pertinência (sem razão, Supremo Tribunal Federal, 6 de junho de 1930, 55/315, e 28 de agosto de 1936, *Ai* 43/194; 5ª Câmara da Corte de Apelação do Distrito Federal, 10 de dezembro de 1931, *RF* 57/473; 1ª Câmara do Tribunal de Apelação do Rio Grande do Sul, 14 de dezembro de 1943,

98/406): não há gradação da inconstitucionalidade, ou da ilegalidade; o ato é ou não é contrário à Constituição, ou à lei. Por outro lado, os chamados atos de polícia podem ofender a posse, e não há pré-excluir-se, aí, a proteção possessória (Supremo Tribunal Federal, 17 de novembro de 1920, *RF* 56/302, sobre a ação possessória contra o Poder Público: „Ao Judiciário reservou-se a competência de, nos casos sujeitos à sua apreciação, e sempre que o Poder Público ou qualquer particular desconhecer ou neg~r um direito fundado na Constituição, ou em leis ordinárias, amparar o prejudicado, sob forma processual apropriada à espécie, obstando a continuação dos efeitos do ato, ou condenando o violador a repará-lo, se a intervenção não chegar a tempo de o impedir ou deter. Admitir-se o contrário importaria em deixar-se sem eficiência e alcance o cânon constitucional invocado e em proclamar-se o ressurgimento dos tempos em que a vontade do soberano se superpunha ao direito do indivíduo, situação de todo incompatível com a atual e jurídica concepção do Estado moderno, definida pelos códigos das nações cultas e farta-mente desenvolvida nas lições dos melhores publicistas"; 5ª Câmara da Corte de Apelação do Distrito Federal, 30 de abril de 1936, *RT* 114/745; 2a Câmara Civil do Tribunal de Apelação de Minas Gerais, 11 de maio de 1942, 143/273; sem razão: 2ª Câmara da Corte de Apelação de São Paulo, 15 de dezembro de 1934, *RT*

96/419; 3ª Câmara Civil, 8 de maio de 1936, 104/525; 2ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 19 de abril de 1949, 180/629). O que importa saber-se é se há contrariedade a direito no ato da administração pública e conseqUente ofensa à posse. Se há tal contrariedade (Tomo II, §§ 182, 2, 188-190) e ofende a posse, há proteção possessória contra o Estado (União, Estado Federado, Distrito Federal, Território, Município), sem ter pertinência a distinção entre atos *iure irnperii* e atos não exercidos *ratione imperii,* porque tanto uns quanto outros podem ser — no exercício —

contrários a direito e ofensivos à posse. Nem é de admitir-se que se permita a regulamentos, decretos e leis pré-

excluir-se a proteção possessória em matéria de atos administrativos, tese que revela leituras de países insuficientemente desenvolvidos na técnica constitucional, nem pré-excluir-se a proteção possessória, nas espécies que se apontem. Primeiro, é preciso que a lei — nunca o decreto, o regulamento, a portaria — possa permitir, diante da Constituição de 1988, a incursão do Estado na esfera jurídica alheia. Segundo, se tal incursão é compatível com os princípios constitucionais, é de mister que se tenham respeitado, na incursão, os limites que a lei traçou (= não haja exercício irregular de direito).

Terceiro, que se não pretenda elidir a tutela jurídica assegurada no art. 59, XXXV, da Constituição de 1988.

Não basta a alegação de interesse público, ou de utilidade comum, — tais argumentos servem à desapropriação por utilidade pública segundo o art. 5ª, XXIV, 2ª parte, da Constituição de 1988 e as leis, e não para a usurpação ou a turbação. Fez bem a 2ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 4 de fevereiro de 1949 *(RT* 179/821), em afirmar a proteção possessória contra atos policiais: "O possuidor injustamente desapossado, pela polícia judiciária, de objeto que diz ser de sua propriedade e que fora apreendido sob a alegação de ter sido furtado, tem ação de esbulho contra o poder público e o suposto proprietário, conjuntamente." Também é protegível, possessoriamente, a posse ofendida pelo Estado, que toma posse, a seu líbito, do terreno em desapropriaçáo (2ª Câmara da Corte de Apelação de São Paulo, 21 de agosto de 1936, 104/469; 2ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 8 de junho de 1948, 175/654). A 2ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 27 de agosto de 1946 (166/ 215), julgou que o desvio ou modificação do trecho da estrada municipal, por ato discricionário (!) do poder público, não pode ser obstado pelos particulares por meio de ações possessórias, —mas tal acórdão foi contra direito, em principio e *in casu.*

Os remédios possessórios são exercíveis contra a União e as entidades estatais, paraestatais e autárquicas. Não se pode exigir que, para deles se valer o possuidor turbado ou esbulhado, tenha de ser "manifestamente inconstitucional ou francamente transgressor da lei" o ato ofensivo *(e.g.,* Supremo Tribunº1 Federal, 6 de junho de 1930, 1W 55/315 e 28 de agosto de 1936, *AJ* 43/194). Não há ato mais inconstitucional, ou menos inconstitucional. Os adjetivos

"manifestamente" e "francamente" que aparecem em certos julgados mostram que a incerteza é subjetiva. O ato ou é inconstitucional, ou não no é. Ou é legal, ou não é legal. Tais questões são *quaestiones iuris.*

A manutenção e a reintegração contra a União, o Estado Federado, o Distrito Federal, o Território e o Município não podem ser em límine da lide, sem prévia audiência (Código de Processo Civil, art. 928, parágrafo único; 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, 17 de setembro de 1948, *RF* 125/438; Câmara Civil do Tribunal dç, Apelação de Santa Catarina, 28 de setembro de 1944, *JTA SO* 1945/78; Tribunal de Apelação do Rio Grande do Sul, 15 de outubro

de 1947, *RF* 120/202).

3.

Posse e atos judiciais. Atentos a sistemas jurídicos estrangeiros, que ora admitem a proteção possessória contra atos das autoridades públicas, inclusive judiciais, ora não no admitem, a jurisprudência tem posto o problema como seria de pôr-se noutros sistemas jurídicos. Para a tese da admissibilidade, vêm à tona, de regra, J.P.Molitor *(La Possession,* V ed., 205 *s.)* e E. Raviart *(Traité Théorique et Pratique des Actions Possessoires,* 3ª ed., 114 s.; 5ª ed., nº

125); para a antítese da inadmissibilidade, o que escreveu, a propósito de julgado português (Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, 15 de dezembro de 1922), Cunha Gonçalves *(Tratado,* III, 589 s.). O Supremo Tribunal Federal, a 20

de julho de 1916 *(RD* 44/78), ficou com a antítese; e, a 19 de julho de 1936, reafirmou-o, mas o argumento de que lançou mão o relator (Ministro Carlos Maximiliano) foi de nenhum valor: citou ele a CarI Crome *(System,* III, § 352, nota 32), mas aí não se disse (III, 70) que não se admite procedimento possessório contra ato judicial, apenas se disse que não cabe contra execução forçada *regular (ordnungsmâssige Zwangsuollstreckung).* Tampouco estearia o julgado da Corte Suprema a citação de Antônio Joaquim Ribas *(Da Posse e das Ações Possessórias,* 281 s.). O que escreveu o jurista citado só se referiu à penhora (nova edição, 281; 1ª ed., 265): "Não é, porém, lícito à parte, que julga iminente uma penhora em seus bens, requerer a juiz diferente que lhe conceda mandado de manutenção contra ela, por mais fundado que seja o seu direito de excluir da penhora a esses bens. E, conquanto isso se tenha entre nós praticado algumas vezes, deve cessar esse absurdo processo, pelo qual um juiz se julga autorizado para proibir a outro de igual categoria, que exerça a sua atribuição de decretar penhoras, e de conhecer de embargos a ela, como entender sob a sua responsabilidade, O meio jurídico a se empregar, em tais casos, é outro; é deixar fazer a penhora, opor-lhe, segundo as hipóteses, embargos do executado, ou de terceiro senhor e possuidor, ou finalmente de terceiro interessado." Na edição de São Paulo, de 1901, há prefácio dos editores, e não do autor, e aparecem notas que não foram do punho do autor. Assim a nota j) ã p. 282 que dá notícia de decisão da Câmara Civil da Corte de Apelação do Distrito Federal, a 3

de março de 1898, que pré-excluiu mandado de manutenção de posse

contra atos judiciais *(Ri* 11/423).

No que respeita às medidas constritivas, sejam de segurança sejam executivas, a ofensa à posse por ato judicial de que caiba recurso com eficácia para, provido, reintegrar a posse ou a manter, ou contra o qual caiba remédio cuja sentença favorável tenha eficácia para a recuperação ou manutenção da posse, é evidente que — no direito brasileiro

— não cabe a ação possessória, nem outro remédio processual que saia da estruturação mesma das ações e do processo. Se, porém, do ato judicial não cabe recurso com que se possa chegar á recuperação ou manutenção da posse, ou remédio cuja sentença favorável ai chegue, não se pode deixar desprotegido o possuidor turbado ou esbulhado pela justiça. Não se precisa explicitar que, se o membro do Poder Judiciário, *e.g.,* o presidente de tribunal, pratica ato de administração que ofende a posse alheia, tal ato administrativo se trata como o de qualquer outro administrador público, devendo-se, pois, invocar os mesmos principios.

O mandado de segurança também não se admite, de regra, contra decisões judiciais para as quais não haja recurso, ou não haja recurso que possa afastar a ofensa, ou?mão haja remédio cuja sentença tenha tal eficácia, ou não possa ser corrigido por via de correição, eficazmente (Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951, art. 5ª: "Não se dará mandado de segurança quando se tratar: II - de despacho ou decisão judicial, quando haja recurso previsto nas leis processuais, ou possa ser modificado por via de correição").

4. Posse, pré-contrato *e contrato.* Os pré-contratos de venda e compra têm dado ensejo a questões de posse, sem que se haja aprofundado convenientemente o estudo da matéria. Vimos, por exemplo, o Juiz da 6ª Vara Cível do Distrito Federal, a 3 de julho de 1946 *(RJB* 72/.85), dizer que o pré-contraente comprador, comete esbulho desde o momento em que deve devolver a coisa, embora ainda não resolvido o pré-contrato: "Deve-se ter como verdade jurídica assente que o esbulho começa no momento em que é infringido o contrato, negando-se o possuidor direto a assinar a escritura definitiva e a pagar o restante do preço. Desde que se nega a restituir o imóvel recebido condicionalmente, claro que comete esbulho." No mesmo sentido, a 2ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 6 de julho de 1930 *(RT*

75/98). Para a 3ª Câmara, a 18 de setembro de 1931, o esbulho "começa no momento em que é infringido o contrato, negando-se o possuidor direito a receber a escritura definitiva, a pagar o restante do preço, bem como a restituir o imóvel recebido condicionalmente" (79/539); idem, a 12 de novembro de 1937 (112/668). A Câmara Civil da Corte de Apelação de São Paulo, a 22 de maio de 1935, foi além, porque se tratava de contrato de venda e compra a prestações:

"Rompido o contrato, por falta de pagamento de prestações, é lícito ao proprietário, que se julga esbulhado, pedir reintegração na posse da coisa entregue ao promitente-comprador" (98/220). Em tudo isso, o que ressalta é meter-se na ação possessória, que é executiva, nada menos que ação constitutiva negativa, para resolução do pré-contrato, o que a 2ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 19 de abril de 1949 *(RT* 180/629), não disfarçou.

Não há pré-contrato se o possuidor deu a outrem a tença da coisa por entender que o outorgado o compraria. Ai, não há posse, mas tença por tolerância, ou cortesia (art. 497, 1ª parte). Então, se o outorgante não mais quer vender, ou se o outorgado não mais quer adquirir, pode o outorgante revogar a dação de tença e reclamar o bem. Se o outorgado o recusa, comete esbulho (1ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça da Paraíba, 12 de setembro de 1947, *RT* 181/421).

A 1ª Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 9 de setembro de 1946 *(RT* 165/761), a V Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 20 de novembro de 1948 (178/771), a nº Câmara Civil, a 27 de junho de 1949 (17/327) e a 6ª Câmara Civil, a 18 de outubro de 1949 (183/720) admitiram, explicitamente, a reintegração da posse, independente da resolução do pré-contrato por inadimplemento, se o outorgado reconheceu que deixou de pagar as prestações e a falta permite a resolução. Com isso inseriram em ação possessória, especial, nada menos que ação de resolução por inadimplemento (art. 1.092, parágrafo único). É preciso não se confundir o caso do pré-contrato de alienação com o caso do comodato. O comodante pode pedir a restituição da coisa quando queira. Se o comodatário se recusa a entregar-lha, comete esbulho, pela mutatio *causae possessionis* (cf. 2ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 4 de dezembro de 1945, *RT* 159/787). Tal é também o caso do empregado doméstico que se recusa a desocupar o cômodo que se lhe entregara por ser empregado e enquanto o fosse, desde que cessou a prestação de serviço (4ª Câmara, 5 de dezembro de 1945, 161/248). A 4ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São

Paulo, a 9 de junho de 1950 *(RT* 188/648), julgou o esbulho praticado por empregado doméstico do locatário que, terminada a locação, pretendia continuar na casa; mas ai era evidente a ofensa à posse do locador. *ATiter,* se o contrato foi por tempo determinado e o empregado não o deu como distratado. No pré-contrato de alienação, há negócio jurídico que precisa ser distratado, ou resolvido, para que deixe de ser. Bem assim, tratando-se de contrato de trabalho, quer industrial, quer agrícola, que haja de ser resolvido, ou distratado (1ª Câmara Civil dp Tribunal de Justiça de São Paulo, 4 de novembro de 1946, 166/315). Se há locação, a ação adequada é de despejo.

Se há parceria agrícola ou pecuária, há entrega de posse imediata, ficando ao parceiro inativo posse mediata. Se termina o contrato, ou se foi decretada a invalidade, a ação possessória cabe para haver o parceiro, possuidor mediato, a posse imediata. A resolução por inadimplemento ou outra causa de terminar o contrato, que dependa de sentença, não permite a ação possessória; essa somente seria de propor-se após o trânsito em julgado da sentença. Aliás, com a ação de resolução, ou de denúncia vazia ou cheia, pode cumular-se a ação de entrega da coisa, que é de restituição da posse imediata (petitória9. E irrecusável que, cessando a parceria pela çxpiração do prazo (1ª Câmara do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 9 de setembro de 1947, *RF* 125/ 523), pode ser usada a ação possessória, se o parceiro ativo se recusa, por esbulho, à entrega da posse imediata *(mutatio causae possession is!).*

À parceria agrícola concerne o art. 1.213 (segundo o art. 1.414), de modo que só se dá esbulho transcorrido o prazo do art. 1.232, atendido, se fosse o caso, o art. 1.212, superado pela Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964, art, 95, 1-111. Por isso mesmo, "ao proprietário parceiro não é lícito, no correr do prazo de seis meses dado para desocupação do imóvel entregue por tempo indeterminado, propor ação de manutenção, com reintegração liminar, contra o colono, sob a alegação de que estava plantando e preparando o terreno para novas plantações, dilatando assim o prazo do contrato" (3ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 22 de julho de 1931, *RT* 80/481).

Em geral, se há contrato, é preciso que se tenha distratado, resolvido ou perdido toda a eficácia, para que se possa caracterizar o esbulho *(5e* Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 6 de setembro de 1933, *RT* 90/509).

Tratando-se de parceria agricola, a ação a ser usada é a de despejo, e não a possessória (art. 1.414; 3ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 20 de maio de 1948, RT 174/656). Tratando-se de parceria pecuária, a ação é possessória (art. 1.416). Todavia, se o parceiro agricola se diz possuidor próprio, em vez de apenas se recusar àentrega, pode ser proposta a ação possessória.

A 2ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 22 de fevereiro de 1949 *(RT* 180/227), disse que, "com a extinção da sociedade locatária, se resolve o contrato de locação, cabendo reintegração de posse contra os que, como sucessores da pessoa juridica extinta, permanecem no prédio." Se houve sucessão, pode haver alguma questão sobre continuação do contrato (e.g., analogia com o art. 1.198) ou renovação; de modo que, além de poder ter havido prorrogação (art. 1.195), é possivel que se trate de locação, desaconselhando-se, portanto, salvo esbulho que se possa provar, a ação possessória.

O que comprou ou por outro modo contratou a aquisição da coisa não tem ação possessória para havê-la.

Tratando-se de bem móvel, é preciso que já tenha havido a tradição, inclusive pela *brevis manos,* ou pelo constituto possessório; tratando-se de bem imóvel, é de mister o acordo de transmissão da posse, que — se há óbice ao exercício do poder de fato — dá a pretensão imitiva, ou, se sobrevém esbulho, ou turbação, a ação possessória. A 4ª Câmara Civil da Corte de Apelação de São Paulo, a 19 de fevereiro de 1936 *(RT* 122/521), decidiu: "A ação possessória não compete ao proprietário e sim ao possuidor, não valendo alegação de posse pro *emptore,* que se não adquire por simples efeito do título de transmissão." A redação do julgado foi deficiente e defeituosa. Nas escrituras públicas de venda e compra de imóvel costuma-se juntar ao contrato consensual a declaração de acordo de transmissão da propriedade e da posse, e isso nos vem de séculos de boa heuremática portuguesa. Se a escritura pública examinada pela 44 Câmara continha os dois acordos, o de transferência da propriedade e o de transferência da posse, aquele depende, para a eficácia real, de registro (Código Civil, art. 530, 1), porém não esse, que é um dos "modos de aquisição em geral" a que se refere o art. 493, III. A 4ª Câmara baralhou conceitos (contrato consensual de venda e compra, acordo de transmissão da propriedade imobiliária, acordo de transmissão da posse).

§ 1.114. Tutela jurídica da composse

1.

Com posse e proteção possessória. Todo compossuidor é protegido contra ofensas à posse, como qualquer possuidor único, imediato ou mediato. Todavia, a ofensa pode ser só a um ou a alguns dos compossuidores *(e.g.,* os demais permitiram a incursão na esfera possessória, o que é o mesmo dizer-se que pré-excluiram a contrariedade ao princípio de conservação do fático), e então *só* ele, ou *só eles* podem invocar o art. 502 (legitima defesa e justiça de mão própria) ou os arts. 499-501, 503-509. Se a ofensa foi à posse de todos os compossuidores, todos, ou um só, ou alguns podem invocar as regras jurídicas de tutela da posse. Se houve esbulho, cada um te, pois, alguns ou todos) pode reempossar-se (art. 502), ou pedir que se integre a *sua* posse, ou a *de todos* os compossuidores, ou que se nomeie depositário para a composse dos outros. Se os outros compossuidores não querem, ou não podem retomar a posse, o demandante pode exigir a coisa toda (Martio Wolff, Der Mitbesitz, *Jherings Jahrbúcher,* 44, 183; E. Brodmann, em G. Planck, *Nonirnentar,* III, 44 ed., 87). Acontece isso, por vezes, quando o arrendatário, expulso por terceiro, já não tem interesse no arrendamento, a despeito do ganho de causa do possuidor mediato.

Se é certo que, para E von Savigny (Das *Recht des Besitzes,* 7ª ed., 260 s.), a posse não pode ser em parte divisa da coisa, por se tratar de parte de todo, como, para 8. Windscheid, por se chocar com o conceito de senhoria fática, para A. Randa *(Der Besitz,* 521) a coisa mesma pode compor-se de outras, sobre que recaia posse, ou recaiam posses.

O texto da L. 30, § 1, D., de *usurpationibus et usucapionibus,* 41, 3, era expressivo; e E. Meischeider *(Besitz und Besitzschutz,* 98 s.) e A. von Scheurl *(Weitere Beitrâge,* 162) livraram-se das peias romanas. No direito germânico, a *Gewere* podia incidir em partes, inclusive segundo diferentes sistemas jurídicos (cf. O. von Gierke, *Deu tsches GenossenschaJtsrecht,* II, 61; A. Heusler, *Die Gewere,* 149; W. E. Albrecht, *Die Gewere,* 278 s.). Daí se chegou à distinção de O. Stobbe *(Handbuch,* 1, 3ª ed., 200 s.) entre absoluta e relativa saisina *(Gewere)* e aos conceitos de pluralidade de posses, inclusive do terreno e de partes dele, à posse dos lugares nas igrejas e àposse das cadeiras

cativas nos estádios desportivos.

É de notar-se, preliminarmente, que se quis impor à concepção da posse, que se passa no mundo fático, a unidade da coisa, tal como seria para o mundo jurídico. Não se pode abstrair da concepção geral, que influi tanto na fixação e delimitação do objeto do direito quanto na fixação e delimitação do objeto da posse, — há, necessariamente, elementos comuns; porém não se molda esse exatamente por aquele: pode haver posse de trecho de terra sobre o qual não se possa conceber propriedade, nem seja permitido alugar-se *(e.g.,* o possuidor deu posse imediata, com promessa de não molestar enquanto o admitido à posse não sarasse). A divisibilidade da coisa prende-se mais à economia que ao direito, em se tratando de posse. Se a divisão não ofende o valor, é de ordinário possível. Não é mesmo de afastar-se a divisão, no tempo, da coisa indivisível (A aluga de seis às dez horas, E de dez às doze horas o salão, ou o cavalo). Por outro lado, há partes integrantes possessíveis em separado.

O possuidor da parte é protegível como o possuidor do todo. Onde há posse há proteção. Quanto à usucapião, é diferente: épreciso que o objeto da posse parcial seja usucapível (cf. E. Loesdau, *Der Besitz* von Sachteilen, 36 s.), o que envolve questão que só se põe e só se responde já no mundo *jurídico;* e quem possui parte da coisa só usucapível como todo possui e usucape o todo (cf. H. H. Pflúger, *Úber Besitz und Ersitzung,* 52), mas pode possuir e usucapir parte quem só possui parte do todo divisível: a posse dividiu-o, no mundo fático; melhor: *desde* o mundo fático.

Partes possuíveis ou possuidas podem existir sem que, juridicamente, possam ser coisa à paxie. O terreno que não pode, por lei, ser dividido em lotes, por não ser múltiplo de terreno-mínimo, pode ser possuído, em partes, por duas ou mais pessoas, ainda se as possuem como próprias. Ainda assim, podem possuí-lo como próprio, no todo, e terem dividido o exercício da posse. Pretendeu-se que não pode haver posse de parte ~em haver pluralidade de pessoas *(e.g.,* A. Dormann, *Der gleichzeiti?qe Besitz* um *Ganzen,* 403; H. Grosse-Weischede, *Der Teilbesitz,* 19), mas a existência da posse de A é independente da posse de E, que esteja junto, como a posse mediata que *supõe* posse imediata, ou vice-versa, pode existir sem que exista a posse *suposta.*

O que é preciso para a posse de parte é que nas dimensões do espaço ou na dimensão do tempo haja a divisão.

Nada obsta a que o possuidor da fazenda dê desde já a posse dos frutos a serem colhidos àquela pessoa que os vai adquirir (cf. G. Salien *Der Verkauf* um *Bàurnen mil dem* Stamme, 22; H. Grosse-Weischede, *Der Teilbesitz,* 36 s.).

A proteção da posse imediata não depende de ser protegível a posse mediata, nºm a proteção da posse mediata de o ser a posse imediata, ou alguma intercalar, ou acima. É preciso limpar-se a doutrina do erro de se verem dependentes entre si, necessariamente, as posses. Pode-se possuir como locatário sem haver locador, ou até sendo adéspota a coisa.

Não é exigido que haja a relação jurídica, o negócio juridico ou pacto, *ainda* de posse.

No direito romano, o *sequester* (o seqúestratário) tinha posse, sem ser preciso o pacto expresso de concessão, a que F. von Savigny *(Das Recht des Besitzes,* T ed., 301, cf. Rudorff, 665) e O. Karlowa *(Rómische Rechtsqeschichte,* II, 607) se referem como pressuposto necessário (cf. 3. Voigt, Vom *Besitz des Sequester,* 11 s.). O depositário supõe quem deposite; a posse como de depósito, também: mas o depositante, na posse, pode não existir. Advirta-se em que chamamos seqúestratário o *sequester* e sequestrário quem, hoje, fica com a coisa sequestrada (respectivamente, de *sequestratio* e de *seqúestro,* que é termo português).

2.

Contra quem é exercivel a proteção possessória. A proteção possessória pode ser de um ou de alguns possuidores contra o outro, ou os outros, ou algum ou alguns deles. No art. 488, diz-se que, se duas ou mais pessoas possuírem coisa indivisa, ou estiverem no gozo do mesmo direito, poderá cada uma exercer sobre o objeto comum atos possessórios, contanto que não excluam os dos outros compossuidores. Tal enunciado afirmativo épreferível ao §

866 do Código Civil alemão, negativo, que exclui a proteção possessória onde se trate de limitação de exercício. Cada compossuidor tem a tutela possessória *até onde* não se exclui o exercício possessório do outro, ou dos outros. Se há esbulho, parcial, ou total, a ação de esbulho cabe. Se A e B compossuem o terreno e A o planta todo, B foi esbulhado, totalmente, de sua posse; se A o planta

em mais de metade, esbulha a B quanto à posse do excesso; idem, se E queria que só se plantasse o mesmo milho que ele plantava, para evitar hibridismo, e A planta, na metade, milho inferior (se A tinha de discutir a exigência de B, devia fazê-lo *antes,* em questão petitória). O ato de A é ofensa possessória, porque B plantara antes e lhe comunicara qual o milho que ia plantar. Se A vira na plantação de B, com a comunicação, ofensa à sua posse, *teria* de exercer a legítima defesa, ou a justiça de mão própria (art. 502), ou não deixar que o esbulho se desse.

Quanto à turbação, tem-se discutido se o compossuidor pode ir contra o outro ou outros compossuidores, e C.

Crome *(System,* III, 82), J. Biermann *(Sachenrecht,* 40), L. Rosenberg *(Sachenrecht,* 108), Martin Wolff *(Lehrbuch,* III, 27ª-32ª ed., 54), e H. Kress *(Besitz und Redil,* 270) negam-no. Com razão, sustentam-no W. von Seeler *(Das Miteigentum,* 15; Zur Lehre vom Mitbesitz, *Jberings (Jahrbúcher,* 44, 363 s.), H. Dernburg *(Das Búrgerliche Redil,* 11, *2,* 661) e O. von Gierke *(Deutsches Privatrecht,* II, 225). O argumento de que o exercício da posse pode ser regulado negocial ou judicialmente, em petitório, é fragílimo. Bem assim aqueloutro, de ser impraticável a defesa própria em assunto de exercício não-regulado da posse. O Código Civil não seguiu essa opinião sobre a natureza dos atos possessórios, razão por que concebeu afirmativamente o art. 488. Se está regulado o exercício, a ofensa é à regulação e à posse, se o compossuidor infringe o regulado. Há necessidade de se admitirem as ações possessórias, se não é de petitório que se trata.

Não há composse se só há um possuidor, cumprindo a guarda a muitos (H. Kress, *Die Erbengemeinschaft,* 280

s.). Nem há composse se há a duas ou mais pessoas dessão da ação possessória, antes da sentença executada; nem na estipulação a favor de terceiro, antes da tradição (H. Emmerich, *Pfandrechtskonkurrenzen,* 58; H. Etzel, *Zur Lebre vom Mitbesitz,* 20). O que acima foi dito não concerne a essas espécies.

Capitulo II

Turbação e Esbulho

1.115. Pretensões à tutela possessória

1. *Pretensão por turbação.* A pretensão por turbação exerce-se contra o turbador, haja, ou não, culpa desse. Não se hão de confundir a ofensa à posse e o dano proveniente do ato ilícito do art. 159, que supõe culpa. Da turbação surge a ação, correspondente à pretensão a não ser turbado, *a)* se as conseqüências da turbação subsistem, de modo que, aí, ao turbador cumpre suprimir, a sua custa, a turbação e as suas consequências, b) se a turbação foi esporádica, discontínua e passageira, e há o temor de ulteriores turbações, o que, de si só, gera a ação (não basta serem *possíveis* ulteriores turbações).

2. *Pretensão por esbulho.* A pretensão por esbulho exerce-se contra aquele que retira ao possuidor o poder fático, quer se trate de posse única, quer de composse, de posse do todo, ou de posse de parte divisa da coisa, haja, ou não, culpa do esbulhador. O esbulhador torna-se possuidor, que, perante o esbulhado, possui, mas viciosamente; portanto, *perante* o sucessor universal do esbulhado e sucessor singular: a pretensão dirige-se contra sucessor universal do esbulhador, ou qualquer sucessor singular que conheça o vicio *(successor spolii conscius).* A ação é para a restituição da posse e indenização, se foi pedida, ou se tornou manifesto o dano. Idem, contra o terceiro *spolii conscius* (art. 504).

3. *Pluralidade de turbadores.* Se os turbadores são dois ou mais um após outro, pela mesma turbação, o que tem o dever de suprimir a turbação é o que por último turbou, salvo responsabilidade dos anteriores pela culpa (arts. 159 e 160). Se o turbador foi um só, ou se o foi anterior possuidor e o adquirente do prédio, de que proveio a turbação, não turba, o que causou a turbação responde, ainda sem culpa (Th. Kipp, em B. Windscheid, *Lehrhuch,* 1, 9ª ed., 1.010; H.

Dernburg, *Lehrbuch des preussischen Privatrechts,* 1, 5ª ed., 359; Martin Wolff, *Lehrbuch,* III, 2T-30~ ed., 49; sem razão, A. von Tuhr, *Der Allgemeine Teu,* 1, 251, e III, 471).

Se o possuidor foi esbulhado, ou turbado, e depois esbulha ou turba ao que o esbulhara, ou turbara, antes de se completar o ano e dia pode ser reintegrado, ou manutenido, porque há objeção à posse do esbulhado ou turbado em segundo lugar. Se esse vem com a demanda possessória, aquele exerce, contra ele, a objeção de posse viciosa, não levantável de oficio, a que errada-mente se chamava *exceptio vitiosae possessionis* (J. Biermann, *Sachenrecht,* 30; E

Endemann, *Lehrbuch,* II, *1,* 7ª-8ª ed., 242, nota 29; G. Planck, *Nornmentar,* III, 4ª ed., 63; E. Strohal, Der Sachbesitz, *Jherings Jahrbàcher,* 38, 129; sem razão, A. Randa, *Der Besitz,* p. XIII; E lKniep, *Der* Besitz, 426; L. Kuhlenbeck, *Von den Pandekten,* III, 469, (nota 1).

O que tem posse viciosa, inclusive o ladrão, tem pretensão possessória por turbação ou esbulho. A pretensão e a ação do esbulhador, ou do que tem posse viciada, sem ser por violência, somente é *pré-excluída,* se a posse dele é viciada exatamente em relação ao réu, ou alguém, de quem esse1houve a posse, ou ésucessor jurídico, ainda se correu o tempo de ano e dia, após a data da turbação ou do esbulho do réu ou seu predecessor jurídico. (No direito alemão, E.

Strohal, Der Sachbesitz, *Jherings Jahrbúcher,* 38, 132 e 137, e Martin Wolff, *Lehrbuch,* III, 27ª-30~ ed., 49, nota 12, queriam que só se contasse o tempo entre as duas violações da posse, e não entre a obtenção da posse viciada e a segunda violação possessória.) A posse pode ser viciada em relação ao réu, ou seu predecessor jurídico, ainda que não sucessor na posse (LI. Biermann, Sachenrecht, 30; Martin Wolff, *Lehrbuch,* III, 49, nota 10; sem razão, em parte, G.

Planck, *Kommentar,* III, 4ª ed., 64). O assunto merece a máxima atenção: *a)* O possuidor do terreno, A, foi esbulhado por B, que A, a seu turno, expulsa e entrega o terreno g C, que conhece essa história da posse *(successor* spo *lii conscius).* B intenta a ação de esbulho contra C; C tem a objeção contra B. *b)* B expulsa a A, e A morre após o esbulho, sendo herdeiro C, que põe fora B, ou lhe turba a posse; se E vem com a ação possessória, C objeta de posse viciosa. Ou: antes do esbulho, A vende a lenha, com transmissão *longa rnanu,* a D, ou ignorando A o esbulho; se B, turbado ou esbulhado, vem com a ação, D objeta-lhe a posse viciosa. Argumenta E. Brodmann (em G. Planck,

Kommentar, III, Q ed., 64) que, na última espécie, D não é sucessor de A na posse, e sim só sucessor de direito, mas isso suporia que A, esbulhado, *perdera* a pretensão à tutela da posse: ora, o esbulhado continua a ser protegido.

O ônus da prova da objeção toca ao demandado. Todavia, ainda que a possa provar, se o demandante também fora esbulhado cabe-lhe objeção-réplica, cuja prova lhe incumbe dar, observando-se — entre a posse do demandante, antes, e a ofensa a ela — o tempo máximo para a alegação com base no art. 507. O demandado pode ter objeção-tréplica; e assim sucessivamente. Uma vez que, na posse de menos de ano e dia, nenhum possuidor émanutenido, ou reintegrado, *judicialmente,* senão contra os que não tiverem melhor posse (art. 507), nenhum dos figurantes pode invocar os vícios da posse do adverso, se viciosa é a sua em relação a esse.

4.

Proteção possessória e prazo de ano e dia. No direito civil brasileiro, as pretensões à proteção possessória não se extinguem passado o ano e dia (art. 523): o que se extingue é o direito ao rito especial da ação possessória (Código de Processo Civil, arts. 920-931). Perde-se a tutela, se a pretensão à recuperação se extingue; e essa só se extingue com a usucapião pelo esbulhador, ou pelo terceiro de boa-fé. Não há *pax* antes disso. É de discutir-se se o prazo do art.

523 do Código Civil (Código de Processo Civil, art. 924) é de *prescrição,* ou de *preclusão.* Trata-se de prazo preclusivo da especialidade da forma processual, não suscetível de suspensão ou de interrupção. Pode ser atendido de ofício.

A contagem é desde o esbulho; ou desde a última turbação, se repetida; desde o início, em se tratando de turbação permanente. Se a ofensa à posse foi oral ou escrita, conta-se o prazo do conhecimento dela pelo possuidor (LI.

Biermann, *Sachenrecht,* 37; Karl Kober, *á. v. Staudingers Kommentar,* III, 50; W. Turnau-K. Fõrster, *Das Liegenschaftsrecht,* 1, 78; C. Crome, *System,* III, 71; L. Rosenberg, *Sachenrecht,* 98; sem razão: E. Kretzschmar, *Sachenrecht,* 52; E. Strohal, Der Sachbesitz, *Jherinqs iahrbíicher.* 38, 118). Se não foi proposta a ação, a prescrição é de dez

anos, entre presentes, ou de quinze, entre ausentes (art. 177, 2ª parte).

5.

Sucessão entre vivos e vício da posse. O que sucede, entre vivos, na posse viciosa, sabendo que o era, é legitimado passivo para a ação de esbulho e para a ação de indenização. Diz o art. 504: "O possuidor pode intentar a ação de esbulho, ou a de indenização, contra o terceiro, que recebeu a coisa esbulhada, sabendo que o era. Se só existisse, no sistema jurídico, o art. 496, 2ª parte, não se teria, no direito brasileiro, a legitimação passiva do *successor spolii* consciizs (extensão de origem canônica), na ação de esbulho. Dai o art. 504, cuja colocação também poderia ser sob o art. 496, T parte, e em verdade funciona como regra jurídica ligada ao art. 496. 2ª parte. Por outro lado, o art.

504 só se refere ao sucessor singular entre vivos e ao terceiro não sucessor (= que adquiriu, originariamente, a posse), pois, *conscius* ou não, o terceiro que sucede universalmente, — ou recebe, ipso *iure,* a posse viciosa, pela transmissão hereditária (art. 495), ou está sujeito, se alega a sucessão, a continuá-la (art. 496, 1ª parte), e o legatário, no direito brasileiro, tomando a posse, como legatário, recebe-a *ipso iure* (art. 495).

Assim, a ação de esbulho dirige-se: *a)* contra o esbulhador; *b)* contra os herdeiros; *c)* contra o legatário que recebeu, como tal, a posse do decujo; *d)* contra o sucessor universal, não-herdeiro, que alegou a sucessão e pois continuou a posse; e) contra o sucessor singular que tinha conhecimento do vicio (posse adquirida de má-fé); fi contra o terceiro, não-sucessor, que conhecia o vicio.

§ 1.116. Proteção da posse mediata

1.

Possuidor mediato e proteção possessória, a) O possuidor mediato tem a pretensão à proteção possessória que tem o possuidor imediato, com o mesmo conteúdo, pelo menos, *se se trato de turbação.* O que turba a posse do possuidor imediato turba a posse do possuidor mediato salvo em casos excepcionais; se bem que nem tudo que turba a posse do

possuidor mediato turbe a do possuidor imediato. No que o conteúdo da pretensão é o mesmo. são eles credores solidários (K. Hellwig, *Anspruch und Klagrecht,* 194 5.; *Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft,* 250 5.; Th. Kipp, em B. Windscheid, *Lehrbuch.* 1, 822; Martin Wolff, *Lehrbuch.* III, 27ª-30ª ed., 52): *o* adimplemento a um é adimplemento ao outro. *b) Tratando-se de esbulho,* o possuidor mediato somente pode exigir que o adimplemento (restabelecimento do estado, devolução) seja ao possuidor imediato, salvo se esse se recusa, ou não pode receber, de novo, a posse (e.g.. foi proibido o comércio que tinha: está exercendo o direito de resolução. art.

1.092, parágrafo único; incendiou-se o prédio locado). Aliás, o pedido pode esclarecer a quem se há de entregar a coisa. *Se* há duas ou mais posses mediatas, *o* possuidor de grau superior não pode pedir para si mesmo, salvo se todos se recusam, ou não podem recebê-la, nem a pode receber, ou não no quer o possuidor imediato.

2.

Defesa própria da posse mediata. Também pode *o* possuidor mediato defender a sua posse (já se disse que não se trata de direito, porque apenas se retira aos atos necessários o serem contrários a direito): ou recobrá-la, em ato de justiça de mão própria. No entanto, houve: *a)* quem negasse ao possuidor mediato o valer-se do art. 502. *e* foram muitos juristas (e.g.. E. Strohal. Der Sachbesitz, *iherings Jahrbúcher,* 38, 51 s.; G. Planch, *Kommentar,* III. 4ª‟ ed., 94: C. Crome, *Svstem,* III, 76; *b)* quem só o admitisse, se o possuidor imediato não quer. ou não pode defender a posse. ou recuperá-la, ou se não houve vontade do possuidor imediato (cf. L. Rosenberg, *Sachenrecht,* 146; LI. Biermann, *Sachenrecht,* 52; E Endemann, *Lehrbuch,* 8ª e ed., 166); e *c)* quem entendesse como possuidor, no art. 502 (Código Civil alemão, § 859), assim o possuidor imediato como *o* mediato (LI. Kohler, Vertrag und Ubergabe, *Archiv for Búrqerliches Recht,* 18, 80; O. von Gierke, *Deutsches Privatrecht,* II, 250; F. Kniep, *Der Besitz,* 315 5.; Th. Kipp, em E. Windscheid, *Lehrbuch,* 1, 9ª ed., 797 s.). Não há dúvida que pode haver turbação, ou esbulho, da posse imediata, sem ofensa à posse mediata *(e.g.,* o contrato de locação permite sublocar e alguém se pôs na posse da coisa, contra a vontade do locatário, dizendo-se sublocatário); como pode haver ofensa à posse mediata, sem ofensa à posse imediata (um dos herdeiros do locador é informado pelo locatário de que outrem, que se diz herdeiro, foi receber o aluguel).

Tem-se, portanto de descer ao exame da situação, para se saber se tem

o possuidor mediato interesse (abstrato) em exercer a legítima defesa da posse, ou a justiça de mão própria. Claro que o possuidor mediato que vem a saber da turbação à posse imediata, ou do esbulho dela, estando ausente, ou louco, ou gravemente enfermo, o possuidor imediato, pode exercer a força, segundo o art. 502, para restabelecer o *status quo pre* ciso, em tais assuntos, nao se passar por cima da riqueza da vida. A afirmativa, sem brechas, é de mais; de mais, a negativa.

3.

Ofensa â posse imediata com *repercussão na posse mediata.* Tem-se procurado assentar que, se não h~

turbação ou esbulho contra o possuidor imediato, também não há contra o possuidor mediato. Assim, o locatário que mudasse a natureza da sua posse *(eg.,* passasse a ter-se como dono, ou fosse alienar a coisa, ou desse servidão ao vizinho) estaria imune à pretensão possessória do locador (E. Strohal, Der Sachbesitz, *clherings JahrbOcher,* 121 5.; Th. Kipp, em E. Windscheid, *Lehrbuch,* 1, 797 5.; C. Crome, *System,* III, 65, nota 50; E. Erodmann, em G. Planck, Kommentar, IV, LV ed., 94 s.). Sem razão, ainda que interpretação literal *e* estreita do texto do Código Civil alemão (§ 869, que não tem correspondente no Código Civil brasileiro) se prestasse a tal conclusão. E confundir a pretensão à entrega da coisa com a posse mediata chegar-se até ai. Toda procedência teve, portanto, a atitude contrária de E. 1.

Eekker, (Der Eesitz beweglicher Sachen, *Jherings Jahrbúcher,* 34, 68), O. von Gierke *(Deutsches Privatrecht,* II, 250

s., notas 14, 15 e 41, *Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes,* 7, nota 15), P. Sokolowski *(Die Philosophie im Priuatrecht,* II, 252 sã, M. Gàrtner *(Der gerichtliche Schutz gegen Besitzverlust,* 151 s. e 168 s.). A opinião contrária ressente-se da inadaptação dos juristas à concepção das duas posses. Certo, o locatário não ofende a posse do possuidor mediato quando exerce a sua; porém não só a tença corporal é posse. Não se diga que se não poderiam encontrar os limites para se saber onde começa a posse do possuidor imediato, para se proteger contra esse àquele. Nem que não faz falta, de *iure* condendo, a regra jurídica, que desse a proteção possessória, a favor do possuidor mediato, frente ao possuidor imediato, porque, aventura-se, se depreende da própria graduação das posses a proteção extrapossessória. Ora, a pretensão de entregar não é a posse; nem colhe argumentar-se que, no caso de se

sentir ofendido pelo possuidor imediato o possuidor mediato, teria esse as medidas cautelares, ou a justiça de mão própria (assim, Martin Wolff, *Lehrbuch,* III, 53, que não percebeu estar em contradição: ~como se pode ter e exercer, de mão própria, a pretensão à *res* deducta?). O possuidor mediato tem a justiça de mão própria como tem a justiça estatal: por uma, ou por outra, exerce a ação *possessória* contra o possuidor imediato. Tratando-se de terceiro, a que o possuidor imediato permitiu atos possessórios, sem infração de seus deveres e obrigações frente ao possuidor mediato, os atos do terceiro ficam cobertos pelo possuidor imediato. Se o possuidor imediato infringe deveres ou obrigações, é preciso saber-se se tal infringência fere a posse mediata, porque, às vezes, só se contraria o direito das obrigações. Verdade é que, com a concepção das posses graduadas, se tinham de precisar os meios de defesa de cada uma, exteriormente, ou entre si.

Aqueles que vêm na posse mediata instituição jurídica, de caráter duvidoso, rompem com toda a história e com a realidade econômica. A posse mediata supõe tempo anterior; a posse imediata é mais no presente. O possuidor imediato pode defender-se, extrajudicial e judicialmente, do possuidor mediato; porém o possuidor mediato também se pode defender desse. Se o credor pignoratício vai fugir, de avião, com a coisa empenhada, pode o devedor, possuidor mediato, desforçar-se (art. 502).

§ 1.117. *Possessorium* e *petitorium*

1. *Alegação de* domínio. Diz o art. 505, 1ª parte: „Não obsta àmanutenção, ou reintegração na posse, a alegação de domínio, ou outro direito sobre a coisa." Ai, elide o legislador, em princípio, a objeção petitória contra a pretensão e a ação possessória, quer objeção derivada de direito à posse *(tus possidendi),* quer de direito a praticar o ato de incursão na esfera alheia *(e.g.,* alegação de que tomou a coisa, ou turbou a posse alheia, em ato de legitima defesa, ou em estado de necessidade, art. 160, 1, 1ª parte, ou no caso do art. 1.189, 1).

No art. 505, V parte, acrescenta-se: "Não se deve, entretanto, julgar a posse em favor d~juele a quem evidentemente não pertencer o dominio." Se a posse não colide com tal conclusão frise-se.

No Código de 1973, art. 923, diz-se que, na pendência do processo possessório, é defeso, assim ao autor como ao réu, intentar a ação de reconhecimento do donriftxio. Pergunta-se: ~vedase *(a)* apenas que se reconvenha com a alegação de domínio, ou que se meta a contra-ação, inserta, conforme o art. 922, na contestação, ou (1,) que se proponha, noutro processo, a ação declaratória de domínio, ou a ação de reivindicação? O que se há de entender é que não se pode, pelo simples fato de ter alguém proposto ação possessória, ficar inexercível a ação de reivindicação, ou mesmo a ação de declaração do domínio, fora do processo possessório. No *processo da ação possessória de modo nenhum se pode* propor, com a contestação, a contra-ação em que se alegue o dominio, ou se *meter na petição da ação possessória* o *pedido de reivindicação, ou de declaração do domínio.* Seria absurdo que, pela simples pendência de ação possessória, que pode ir até o julgamento de recursos, ficasse o proprietário privado do exercício da pretensão à tutela jurídica.

No art. 923, diz-se que, na pendência do processo de ação possessória, nem o autor nem o réu pode propor ação de reconhecimento do domínio. Advirta-se que não havia tal regra juridica no Código de 1939, nem no Código Civil de 1916. Vedar-se a quem é proprietário propor ação de reivindicação, ou mesmo a ação de declaração da propriedade (Código de 1973, art. 4ª), inclusive a de usucapião, que é declaratória e, seria nada menos do que se permitir que alguém, que sabe da próxima propositura da ação concernente à propriedade, entre com a ação possessória, para que a pendência de tal ação obste ao exercício da pretensão e da ação do proprietário.

Por outro lado, seria de todo inadmissível que A, que éproprietário e foi esbulhado ou turbado na posse própria não possa propor ação de declaração da propriedade ou de reivindicação.

A oposição da *exceptio dominil* no juízo dos interditos repugnaria aos juristas romanos. Por outro lado tem-se estranhado que se levante tal exceção em processo do rito do art. 508 do Código Civil (Gondim Neto, *Posse indireta,* 44), hoje também art. 924, 1ª parte do Código de Processo Civil. Mais: tem-se argoido que a exceção de domínio tiraria o caráter possessório da ação.

Todas essas considerações são *de lege ferenda.* Em direito lato, temos a *exceptio domin ii,* se evidente a prova contrária àpretensão do

possuidor que se diz proprietário (art. 505, T parte, *verbo* "evidentemente"). Grave foi que o autor do Projeto e outros, ao seu tempo, tivessem acreditado em que a admissão da *exceptio dom mli* é consequência necessária da teoria de R. von Jhering: não no é. Lamenta-se que a exceção de domínio haja entrado em forma de negação: não se disse que se há de julgar com entrega da posse a favor de quem tem o domínio, o que inseriria no processo possessório a restituição, pela procedência da exceção; mas que "não se deve julgar a posse em favor daquele a quem evidentemente não pertencer o domínio." Portanto: deve ser julgada a posse a favor do que é possuidor próprio e prova a propriedade; deve ser julgada a posse a favor de quem a tem e *pode* ser o dono; não deve ser julgada a posse a favor daquele que, evidentemente, não é dono. Claro que se está a falar da posse de dono. Todo possuidor imediato, por se supor a mediatidade de outra posse, ou de outras posses, exerce o poder fático sobre coisa que reputa alheia.

Não quer isso dizer que o seja. Se A loca a B, com permissão de sublocar, e B subloca a A, A é possuidor imediato sem ter deixado de ser possuidor mediato, intercalando-se entre a posse mediata de A e sua posse imediata a posse mediata de B. Por outro lado, se B recebeu de A a coisa, em locação, mas continuou a ação de reivindicação contra A, vindo a ganhar, a posse de locatário só correspondia à posse do não-dono, pois dono era o próprio B.

Intentou C contra A ação de manutenção, ou de esbulho, e A alega que tinha e tem a posse e que é dono. E

preciso que haja prova de que C não é dono, nem tem posse própria, pois que o é A. Se C propõe a ação ccmtra D, que é locatário, por ter contratado com A, pode D alegar que C não é, evidentemente, o dono, e não pode o juiz retirar a posse de D. Não que isso dizer que C não possa ser possuidor próprio, sem ser dono. Porque a exceção só aproveitou a D. Se alguém se diz dono (no caso, A), a ação pode ir contra ele, e A terá de provar que C não é dono, e que ele o é.

Mas a *exceptio dominii* não basta para se reintegrar na posse do dono, que não a tinha. O que C pediu foi a manutenção, ou reintegração, e não se lhe defere pedido, por se tratar de possuidor próprio que não é dono e o ofensor foi o dono, ou alguém que transferiu posse ao demandado.

A priori, são inadmissíveis objeções *petitórias* contra as pretensões e

ações *possessórias.* Assim, se há direito à posse, ou à prática do ato de incursão, não é exercivel, no possessório, a objeção. O princípio é, portanto, o de não se admitir a reconvenção fundada no petitório *(ius possidendi,* ou direito à prática do ato), salvo, está claro, se o autor cumulou a ação possessória e a ação petitória, o que, no direito brasileiro, não se proibe. Alguns sistemas jurídicos dão abrem exceção ao principio *(e.g.,* o alemão, § 863); outros admitem a objeção, se o direito à posse se demonstra imediatamente (Código Civil suíço, art. 927: *sofort, aussitôt,* cf. E Ostertag, Sachenrecht, em M. Gmúr, *Kommentar,* IV, *III,* 2ª ed., 50), ou somente para o *lus possidendi* oriundo do domínio (art. 505, 2ª parte: "Não se deve, entretanto, julgar a posse em favor daquele a quem evidentemente não pertencer o domínio."). No direito brasileiro, somente há, portanto, a exceção ao princípio, para a alegação de domínio, com ius *possidendi,* provados *devidamen* te, se o réu, acusado de esbulhador, é o que tem o título. Se a demanda não é pela posse própria, mas por posse imediata perante o proprietário, possuidor mediato, o art. 505, 2ª parte, não pode incidir.

No art. 923, diz o Código de Processo Civil de 1973 que, na pendência do processo possessório é defeso ao autor como ao réu intentar a ação de reconhecimento do dominio. No art. 505 do Código Civil de 1916 não se fez tal explícita limitação. Quem propõe ação possessória, ou a pessoa contra quem se propõe, não pode meter na petição ou na defesa a ação declaratória da propriedade. Não significa isso que não possa alegar o domínio ou outro direito sobre a coisa *(e.g.,* penhor, usufmto, uso). Se propõe ação de reivindicação (propriedade mais posse) de modo nenhum é autor de ação possessória, nem o é quem propõe ação (executiva) de imissão na posse, porque essa não é ação possessória.

2.

Cognição incompleta na ação possessória quanto á alegação de domínio. Se o que é se diz titular do *lus possidendi,* ou do direito a exercer a intromissão na esfera jurídica alheia, perde a causa, na ação possessória, isso não obsta a que pleiteie no petitório *(e.g.,* reivindicação da propriedade), e ganhe. A ação de imissão na posse pode vir após a sentença na ação possessória, ou ser proposta antes, ou durante essa. Não há prevenção de jurisdição, nem exceção de litispendência (sem razão, O. Warneyer, *Kommentar,* II, 15). Se o que tem o *ius possidendi,* ou o direito de intromissão, faz justiça de mão

própria ilegal (= não incluída no art. 502), e, depois, ganha no petitório, a pretensão do esbulhado, ou turbado, desaparece, absorvida pela pretensão petitória contrária: *Petitorium absorbet possessorium.*

Assim, A comprou na livraria B o livro, que se lhe haveria de enviar e não lhe foi remetido, apesar de ser identificável o exemplar (capa azul, edição de 1850); A apanha-o, depois, e diz "Esse é o meu exemplar"; o livreiro E demanda pela posse e ganha, porque A não pudera fazer qualquer prova da propriedade, no *possessorium;* A aciona no *petitorium* e faz a prova da venda e compra, com a transmissão do domínio: a sentença na ação possessória nenhum óbice contém à força e eficácia da sentença na ação de reivindicação. Discute-se se é preciso: *a)* que essa sentença seja sobre direito do autor sobre a coisa (E. Brodmann, em G. Planck, *Kommentar,* III, 4ª ed., 71; Karl Kober, *cJ.* ti. *Staudingers Kommentar,* III, 51; K. Maenner, *Sachenrecht,* 148, nota 56; Konrad Cosack, *Lehrbuch,* II, 6ª ed., 77; E Bunsen, Besitzschutz, *Archiv Júr Búirgerliches Recht,* 23, 77); ou *b)* que seja sobre direito do autor sobre a coisa, ou sobre direito fundado em posse mais antiga; ou *c)* sobre qualquer desses ou sobre crédito referente a coisa determinada (‚J.

Eiermann, *Sachenrecht,* 37; 1,, Rosenberg, *Sachenrecht,* 100 5.; O. von Gierke, *Deutsches Privatrecht,* II, 254, nota 36; F. Endemann, *Lehrbuch,* II, *1,* 8ª-9ª ed., 232; C. Crome, *Svstem,* III, 74; H. Dernburg, *Das Btirgerliche Recht,* III, 3ª ed., 96; W. Turnau—K. Fõrster, *Das Liegenschaftsrecht,* 1, 3ª ed., 79; Martin Wolff, *Das Recht zum Besitze, 9,* e *Lehrbuch,* III, 49, nota 17; E. Strohal, Der Sachbesitz, *Jherings iahrbtither,* 38, 12; E. Rohde, *Studien,* XXII, 48).

Note-se, quanto ao crédito, que se supõe ter o credor da posse *tido* a posse; fora dai continua, apenas, a obrigação de prestar a coisa, ou a posse. Se o locatário, que tomou a coisa locada, perde a ação possessória, a sentença, que lhe reconhece o direito de crédito à posse, *mais* a prova, pela sentença anterior, de que a posse (viciosa) estivera com ele, dão o suporte fático do princípio *Petitorium absorbet possessorium;* não assim se só turbara a posse do locador Essa explicação supera a divergência entre *a)* e *c).* Mais sutil é a espécie em que o vitorioso na ação petitória, que não pôde objetar com o seu direito à posse, ou à incursão, toma, por mão própria, a posse. Então, pergunta-se se tem ele a proteção que corresponde ao seu direito à posse (L. Rosenbe;g, *Sachenrecht,* 100; E Endemann, *Lehrbuch,* II, *1,* 233; E. Eck, *Vortrâge,* II, 46; E. 1. Eekker, Der Besitz beweglicher Sachen, *Jherings Jahrbúcher,* 34, 17; E. Rohde, *Studien,* 1, 16, e XXII, 49; H. Kress, *Besitz und Recht,* 342); ou se não se dá a absorção (3. Biermann, *SacI-zenrecht,* 38 E. Erodmann, em G. Planck, *Kommentar,*

III, 71 5.; 1□. Maenner, *Sachenrecht,* 149; E. Goldmann-H. Lilienthal, *Das búrqerliche Gesetzbuch,* II, 23; Martin Wolff, *Lehrbuch,* III, 50; E Kretzschmar, *Sachenrecht,* 32; C. Crome, *System,* III, 74; W. Turnau-K. Fãrster, *Das LiegenschaJtsrecht,* 1, 79). Os argumentos mais fortes são: a favor da absorção, que, se assim não se decidiu, o titular do *lus possidendi,* que esperasse a sentença, estaria em melhor situação que aquele que já a tivesse; a favor da negativa, que o titular do *ius possidendi* pode, após a sentença, ter dado a posse, inclusive a imediata. Mas tudo se resolve, se, antes de menos de ano e dia, o esbulhador da posse propõe a ação, porque se apura *qual* a melhor posse.

3.

Sentença in petitorio. A sentença *in petitorio* absorve o julgado do *possessorium,* ainda que a sentença tenha sido em ação de medida preventiva ou cautelar? Responderam, afirmativamente, H.

Dernburg *(Das Búrgerliche*

Recht, 1H, 96), G. Planck *(Kommentar,* III, 71), E Kretzschmar *(.Sachenrecht,* 33); negativa-mente, 3. Biermann *(,Sachenrecht,* nº 7), L. Rosenberg *(Sachenrecht,* 100) e RarI Rober *(J. v. .Staudingers Kommentar,* III, 52). O art. 807

do Código de Processo Civil de 1973 exclui a primeira opinião.

4.

Posse não-própria e *exceção de domínio.* ~A exceção de domínio pode ser oposta assim ao possuidor próprio como ao não-próprio, se esse afirma que adquiriu de outrem a posse? Responderam negativamente a 1C Turma do Supremo Tribunal Federal, a 31 de julho de 1941 *(RF* 89/96: "... a defesa fundada no domínio só é admissível nas ações possessórias em dois casos: *a)* quando duas pessoas disputam a posse a titulo de proprietários; *b)* quando é duvidosa a posse de ambos os litigantes"), a 2ª Turma, a 21 de maio de 1946 (108/72: "A *exceptio proprietatis,* em ação possessória, só é admissível quando as partes disputem a posse como proprietários e apenas a esse título. Fora desse caso, cumula o possessório e o petitório quem acolhe a defesa de que se trata"), a 16 de maio de 1947 (114/387: "A questão dominial só se admite em pleito possessório quando as partes reclamam a posse a

título de propriedade. A *querela proprietatis* está, então, no fundo da questão possessória") e 27 de junho de 1947 *(Ai* 85/ 438:

"E para que o art. 505 não enegreça a mácula de uma contradição é necessário se entenda que a *excep tio proprietatis* somente é possível na ação possessória quando os litigantes todos pretendam a posse apenas como proprietários. Em tais casos, a propriedade é o fundamento mesmo da ação possessória"), e a Câmara Civil do Tribunal de Apelação de Minas Gerais, a 4 de junho e a 22 de junho de 1938 *(RF* 75/614/612). E preciso que haja dúvida sobre a posse e tal alegação de domínio não se aprecia liminarmente, de modo que a manutenção liminar se rege por outros princípios.

Nem o art. 371 do Código de Processo Civil de 1939 ou o art. 924 do Código de 1973 (cf. Câmara Civil da Corte de Apelação de Minas Gerais, 11 de janeiro de 1936, *Ad* 37/506), nem o art. 500 do Código Civil são afastados pelo art.

505, 2ª parte, que só se aplica, em caso de dúvida ao se julgar a posse, definitivamente (cf. 2a Turma do Supremo Tribunal Federal, 24 de agosto de 1947, *Di* de 5 de outubro de 1949: "A propriedade e, em geral, o título, a *capsa possession is,* podem considerar-se no juízo possessório, quando se trata da *dubia possess ia,* quando há controvérsia sobre quem é o possuidor. Neste caso, a posse será do proprietário, conforme o art. 505, ou pertencerá a quem tiver justo título, segundo o parágrafo único do art. 507 do Código Civil"; 20 de julho de 1948, RF121/114:

"Quando é o domínio o fundamento único do debate possessório e a prova respectiva resplandece sem mácula, é que se aplica a segunda parte do art. 505, porque, historicamente, suas razões se prendem ao Assento de 16 de fevereiro de 1786. Na hipótese aludida de fundar-se no domínio apenas o debate possessório, o juiz versa a questão do domínio forçosamente, porque há de examinar o fundamento da ação possessória. Esse exame não é vedado na hipótese aludida, como não o é quando se torna indispensável à verificação do *caráter* da posse e em casos semelháveis" 10 de dezembro de 1948, 128/443; Tribunal de Apelação do Amazonas, 17 de setembro de 1946, 114/468: "A questão do domínio só tem lugar no juízo possessório como elemento subsidiário para efeito de não se decidir um pleito, no qual a posse alegada pelas partes não tenha ficado provada, contra aquela a quem evidentemente não pertencer o domínio").

Não se pode ir ao extremo de se dar por inexistente a regra do art. 545, 2ª parte, por influência de jurisprudência hostil à chamada

exceptio dommli (e.g., Tribunal de Justiça do Ceará, 24 de fevereiro de 1947, 115/551, que cita jurisprudência anterior ao Código Civil).

Se o autor alega que adquiriu a posse que tem, não-própria, de outrem, que é possuidor próprio, ou a recebeu, por sua vez de possuidor próprio, a exceção de domínio é contra aquele de que derivou a posse, e tem de ser trazido à relação jurídica processual, para que contra ele se prove que não lhe compete, evidentemente, o domínio. Se, em vez disso, é o demandado que alega ter havido de outrem a sua posse, posse imprópria, então não precisa ele trazer à relação jurídica processual o terceiro, — *basta que faça a prova de que* não *tem, evidentemente, domínio, quem alega, como autor, posse própria.*

Acertadamente, confirmando sentença do Juiz da T Pretoria, disse a 3ª Câmara da Corte de Apelação do Distrito Federal, a 11 de agosto de 1927 (RD 85/591): "Desta regra não se afastou o nosso Código Civil; ao contrário, reafirmando o direito anterior, estabeleceu no art. 505 que: „Não obsta à manutenção, ou reintegração na posse, a alegação de domínio, ou de outro direito sobre a coisa." Verdade é que o citado artigo reproduziu a doutrina contida no Assento de 16 de fevereiro de 1786, de que se não deve julgar a posse a favor daquele a quem, evidentemente, não pertence o domínio. Princípio este que não era recebido com igualdade de vistas pelos nossos juristas; ao contrário, havia divergências acentuadas, que não cabe agora reproduzir. Daí resulta que o Juiz do possessório pode conhecer dos títulos não só quando atributivos de direitos, como quando simples prova de fato, demonstrando a origem e o caráter da posse, e sobre eles se fundar a sua sentença. Sobre o primeiro aspecto, como a evidência do domínio deve sobressair do título, se se der uma contestação específica da sua eficácia legal ou da pretensa atribuição do direito, já não pode o juiz tomar em consideração o título produzido para substituir, por presunção de bom direito ou maior probabilidade de vencer no petitório, a posse de fato, fundamento da manutenção, isto é, fundar-se o juiz em título contestado para não julgar a posse a favor do possuidor Desde que estão conjugados no citado art. 505 do Código Civil dois princípios, um que constitui regra geral de que à manutenção ou reintegração na posse não obsta a alegação de domínio, e outro, exceção à regra, de que não se deve julgar a posse a favor daquele a quem evidentemente não pertencer o domínio, é claro que outra não pode ser a interpretação dada ao princípio da *exceptio dominii,* do contrário se chegaria ao absurdo de se presumirem palavras inúteis no texto legal."

Por isso mesmo, provada a posse do autor e o esbulho, não há pensar-se em incidência do art. 505, 2ª parte, com atribuição da posse a quem tem o domínio (Câmara Civil do Tribunal da Relação de Minas Gerais, l4elde março de 1928, *Ai* VI/225); nem de tal incidência se há de cogitar se a posse do autor está provada e não no está a do réu (4 de março de 1933, 60/252): só se invoca o art. 505, 2ª parte, quando é duvidosa a posse do autor (2 de setembro de 1933, 61/145; Corte de Apelação do Piauí, 22 de abril de 1937, *RT* 109/289).

O julgamento da *exceptio dominii* dá a manutenção ou a reintegração ao réu, porém não faz coisa julgada material quanto ao domínio (1ª Turma do Tribunal de Apelação de Pernambuco, 13 de junho de 1941, *AF* VIII/iSO; 2ª

Câmara Civil, 17 de novembro de 1944, 16/244: "... é bem de ver que essa faculdade não vai além do que é lógico, qual conceder ao juiz a oportunidade de examinar os títulos de domínio, não para resolver a quem este pertence, numa ação possessória, mas exclusivamente para descobrir elementos que corroboram a posse, se conjugada a um dos titulares do domínio"). Precisemos: não se diz quem é dono; diz-se que, de acordo com o alegado e provado na *exceptio dominii,* alguém não é dono. Aquele a quem não se dá a manutenção ou a reintegração fica sem o mandamento ou a execução, porque a sua posse próprianão foi devidamente provada e *não é dono.*

Finalmente: pode acontecer que réu que alega ter adquirido a propriedade e fez prova de ser titular do domínio, nunca tenha recebido a posse e quem a tem seja o autor da ação de manutenção, ou quem a tinha é o autor da ação de reintegração, que foi esbulhado pelo réu, que é dono. Aí, de modo nenhum se pode aplicar o art. 505, 2ª parte.

5.

Dúvida sobre a posse, não quanto ao domínio. A dúvida há de ser quanto à posse do autor e do réu, não sobre o domínio. Se há dúvida quanto ao domínio do autor, mas houve esbulho, éprocedente a ação. Se há dúvida quanto ao domínio do réu e do autor não se pode pensar em que se dê o pressuposto do art. 505, 2ª parte, *verbis* "a favor daquele a quem evidentemente não pertencer o domínio", porque o autor ou outrem pode ter o domínio. Se há dúvida quanto ao domínio do autor

há, necessariamente, quanto ao do réu, e pois o art. 505, 2ª parte, não incide. Para que a alguém não pertença, evidentemente, o domínio, é preciso que a outrem deva pertencer; mas, se é evidente que o autor não tem o domínio e o réu talvez não no tenha (= não o tem evidentemente"), toda a questão é no terreno da posse.

Qualquer julgado sobre a chamada exceção de domínio é julgado sobre afirmação de posse, que, em luta com a afirmação de outra, teve de ser preferida devido à probabilidade do domínio, com a evidência de que o outro figurante não no tem. Se todos podem ter domínio, nenhum deles prefere ao outro. O que a lei quer éque somente não vença, na dúvida sobre a posse, quem, evidentemente, não tem o domínio. Se A e B lutam pela posse e o juiz tem dúvida a respeito, mas A evidentemente não é o dono da coisa, prefere-se B porque B é o dono, ou há probabilidade de ser dono. A evidência do não-domínio por parte de A não faz certo o domínio por parte de B, porque, quanto ao domínio, a dúvida pode ser entre B e C, ou B, C e D. Alguns intérpretes têm negligenciado, no estudo, a leitura da lei. Nela não se diz que "não se deve, entretanto julgar a posse em favor de alguém se a outrem evidentemente pertence o domínio." O domínio pode ser de A ou de B, evidentemente, e A ou B não ter a posse, a até mesmo nem A nem B a ter ou só a ter imediata, sem ser própria.

A dúvida pode ser quanto à posse, não quanto ao domínio, por parte de ambos os figurantes, posto que possa haver dúvida quanto ao domínio de algum figurante se o outro evidentemente não é o titular do domínio. Aqui, a probabilidade a favor do figurante não pesa se decidir quanto à posse, porque quanto ao domínio não se decide na ação possessória ainda que se aplique o art. 505, 2ª parte. Razão por que é erro o juiz dizer que entrega a coisa a quem evidentemente é o dono, ou a quem pertence a coisa, se o figurante não tem posse nem nunca a teve.

A dúvida corresponde a poder ser ou não ser possuidor o autor e poder ser ou não ser possuidor o réu; mas toda medida de probabilidade de uma ou de outra posse é aproximada, e não se precisa de igual probabilidade para que haja dúvida. O que épreciso é que haja probabilidade assim para o autor como para o réu, sem se exigir que seja a mesma, quantitativismo que se desgarra das realidades. Se a probabilidade só se refere ao autor, não há pensar-se em se contar o elemento do domínio para peso na decisão. Se a probabilidade só se refere ao réu, a ação é improcedente, uma vez que, *ex hypothesi,* não há probabilidade de que seja possuidor o autor.

Tem-se, portanto, de escusar a força de expressão com que se enunciou no Tribunal de Apelação do Rio Grande do Norte, a 9 de outubro de 1939. *IRTA* 1/427): "A posse caracteriza-se pela prática de atos exteriorizantes do domínio ou propriedade. E uma vez provados ditos atos, eles e só eles é que devem servir de base para solução do litígio possessório, sem que se possa recorrer à exceção do domínio. Esta, tratando-se de questão meramente possessória, só deverá ser invocada quando, em relação à posse, a prova se fizer positivamente tanto em favor do autor, como do réu" (cp. a decisão do mesmo Tribunal, a 3 de julho de 1940, *RTA* 11/208). Precisa haver dúvida, é certo; mas sem que se tenha de pensar em equilíbrio de probabilidades (Câmara Civil do Tribunal de Apelação do Rio Grande do Sul, 28 de julho de 1938, 117/720: "A alegação de domínio só tem lugar quando a posse de ambos litigantes é considerada duvidosa, caso fratado de Direito Privado em que esta se reconhece em favor daquele cujo domínio esteja melhor averiguado; ou, em outros termos, quando a prova da posse é conflitante"; Câmara Civil do Tribunal de Apelação de Santa Catarina, 19 de agosto de 1943, *J* 1944/15).

A regra é a imunidade do possessório à alegação petitória. Não se abre, propriamente, exceção, porque a exceção, que se abre, é apenas para aumentar o peso a favor da probabilidade (2ª Câmara da Corte de Apelação do Rio Grande do Sul, 3 de dezembro de 1936, *Decisões,* 1936, II, 1.171). O autor do esbulho ésempre condenado a restituir a coisa ao esbulhado, embora alegue domínio, ficando-lhe, porém, salvo o direito de disputar, por ação competente, a propriedade da coisa. A única exceção que a nossa lei civil abriu a semelhante regra é a da 2a parte do art. 505 do Código Civil, reprodução do Assento de 16 de fevereiro de 1786, quando dispõe que "não se deve, entretanto, julgar a posse em favor daquele a quem evidentemente não pertencer o domínio", o que, no dizer de Teixeira de Freitas, e~

"interpretação luminosa para não se seguir absurdo visível"; Tribunal de Apelação do Rio Grande do Norte, 12 de julho de 1940, *RTA* 11/233).

Cumpre advertir-se em que o dono da coisa só tem por si, na prova das posses, o peso de ter domínio, se a discussão é sobre posse própria, de parte a parte. Se o autor alega posse imediata (não-própria) ou mediata não-própria e o réu a posse plena própria ou posse mediata própria, ou imediata própria, não funciona (art. 505 2ª parte, porque as duas posses — *ex hypothesi,* duvidosas — podem subsistir (cf. 3ª Câmara Civil da Corte de Apelação de São Paulo, 8

de novembro de 1937, *RT* 107/206, (em termos atécnicos; 5ª Câmara, 3 de junho de 1936, 102/682:

"A alegação de domínio, nas ações possessórias, somente é adimissível quando existem duas posses conflitantes e ambas são invocadas a título de proprietário"; 5ª Câmara, 2 de dezembro de 1936, 107/259; 5ª Câmara Civil, 3 de novembro de 1938, 117/ b73, *RF* 77/118; 2ª Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 30 de novembro de 1943, RF148/255, RF 99/104).

Mas já advertimos acima que o autor pode, possuidor impróprio, aludir à posse própria de alguém, de quem houve a sua posse, e a *exceptio dominii* tem de trazer à relação jurídica o possuidor próprio. Se é o réu que invoca a posse própria de outrem, precisa haver dúvida entre a posse própria do autor, ou da pessoa de quem o autor houve a posse imprópria, e a posse da pessoa de quem o demandado houve a sua, para que haja a *dúvida* sobre posses, e possa incidir a regra jurídica sobre o domínio.

Provados a posse e o esbulho, ou havendo dúvidas sobre a posse do autor, mas provado o esbulho, isto é, que lhe tiraram a coisa, tem de dar-se a recuperação, porque, se assim não fosse, o art. 505, 2ª parte, funcionaria como permissão de força, ou clandestinidade, por parte dos proprietários, e a justiça de mão própria só se admite nos limites do art. 502, 2ª parte (cf. 3ª Câmara Civil da Corte de Apelação de São Paulo, 17 de abril de 1936, *RT* 102/247: "Essa interpretação é a única que harmoniza o art. 505 com o art. 502 do Código Civil. Imagine-se a seguinte situação: A tem a posse, B, o domínio. B, ao invés de intentar a reivindicatória, resolve fazer justiça por suas próprias mãos e expulsa A do imóvel. Este recorre à possessória e B alega a exceção de domínio, com fundamento no art. 505. Mas A pode responder, vitoriosamente, que o ato de 3 não foi mais que um desforço, e o desforço, em face do art. 502, há de ser imediato, e não passados dias, meses e anos. A interpretação diversa viria criar uma contradição entre dois artigos da mesma lei: o 505 e o 502").

A prova não-plena do domínio, se se pode admitir que o outro contendor seja o dono, não serve à~nvocação do art. 505, 2ª parte; porque há de não ter probabilidade de ser dono aquele a que o art. 505, 2ª parte, não aproveita, e é preciso que prove ser o dono aquele a favor de quem pese tal circunstância (Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 23 de agosto de 1927, *RT* 63/311: "Se nenhuma das partes prova domínio, para cuja discussão se resvalou na ação

possessória, não tem lugar a aplicação do preceito do art. 505 do Código Civil, devendo-se restringir a contenda ao assunto meramente possessório, julgando-se a posse a favor de quem houver feito melhor prova desse estado de fato"); mas a evidência, a que se refere o art. 505, 2ª parte, é a de não ter o domínio o que pleiteia a posse e há de ser posto de lado, não a do dominio do que o alega, razão para se não poder acatar o que disse o Juiz de Direito da Capital de São Paulo, a 10 de julho de 1939 (71/573): "A exceção de domínio, oponível nas ações possessórias, é a que se funda em domínio evidente, macessível a dúvidas"; ou a 2ª Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 19 de fevereiro de 1940 (126/552); ou a Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 5 de maio de 1931 (79/600): "A indagação do domínio, nos termos do art. 505 do Código Civil, só é cabível quando duvidosa a posse de ambos os litigantes, caso em que é ela reconhecida em favor daquele cujo domínio seja melhor averiguado." Porque, se há *melhor* prova, éporque não há evidência quanto a não ser dono o sacrificado pela regra jurídica do art.

545, 2ª parte, faltando, assim, um pressuposto para se aplicar tal regra jurídica. Certa, a 3ª Câmara Civil da Corte de Apelação de São Paulo, a 8 de novembro de 1935 (201/206).

Temos, pois, de assentar, na interpretação do art. 505, 2ª parte: *a)* que o primeiro pressuposto necessário é não se saber ao certo quem possuía e, pois, não se ter provado o esbulho, convincentemente; *b)* que o segundo pressuposto necessário é ter-se certeza de que o autor não tem o domínio, provando-se o domínio pelo réu, ou vice-versa; portanto: pressupostos necessários são haver dúvida quanto à posse no tocante ao autor e ao réu e haver prova de que o autor não é o dono, com prova de ser dono, a favor do réu, ou de que o é o autor da ação possessória.

Temos de prestar toda atenção ao art. 505, em sua concepção mesma, que é diferente da concepção de quaisquer outros Códigos Civis. A negatividade, com que se compôs a regra jurídica, reduz a pouca probabilidade a procedência da alegação de não-domínio, com que se apresenta, no sistema jurídico, a chamada *exceptia dominii,* ou a posse evidente do domínio pelo próprio autor da ação possessória.

§ 1.118. Contestação à alegação do esbulho 1. O *que o réu pode alegar.* O réu pode alegar: a) que o autor por sua própria culpa ou fato caiu

da posse (Manuel Mendes de Castro, *Practica Lusitana,* II, 240: *non com petit illi, qul sua culpa possesstonem amisit;* Manuel Gonçalves da Silva, *Com mentaria,* II, 17); 14 que assentiu, antes, durante, ou depois, em que o réu se apossasse da coisa (objeção *proprii consensus),* pois espólio não houve (Miguel de Reinoso, *Observationes Practicae* 251: *cum spoliatus* solum *dicatur qui invitus et matori vi expeilitur cui resistere non potuit;* Manuel Gonçalves da Silva, *Commentaria,* II, 17: *... quando spoliatus consensum praestitit ad hoc, ut spolíatus fuisset,* et *non contradicit,* nec *protestavit, immo passus fuit, quod spolíatus possessionem caperet),* desde que haja manifestação de vontade, como se a mulher do autor, que deveria assentir, viu ao marido entregar as chaves do prédio vendido e não protestou, ou anuiu (Alvaro Valasco, *Decisionum Consultationum.* II, 268 e 267: *Uxor non potest spolium aliegare, si gessit actus, per quos visa eM consen tire possessioni, et per talem subsecutum consensurn, purgcztur spolium),* posto que o só silêncio não baste (Manuel Álvares Pêgas, *Resolutiones Forenses,* II, 866 Non *sufficit taciturnitas spoliati sola, sed ulterius opus est, ut detur consensus verbis, vel* operíbus *expressus, ne de spo tio agere possit;* acórdão da Casa da Suplicação, a 22 de novembro de 1660); *c)* que a posse do que se diz esbulhado acabara antes do momento em que se fixa ter ocorrido o esbulho (se terminou depois, é *exceção: Cessante causa possession is, aut finito tempore, vel resoluta condicione, cessat, finitu~ vel resolvitur possessio,* Manuel Álvares Pêgas, De *maioratus possessorio Interdicto,* ne 518; idem, *Resolutiones Forenses,* 1, 327: *... quando titulus conceditur ad tempus, aut limitada condicione, adveniente tem pore, aut condicione, ex cuius adventu cessat titulus, cessat etiarn possessio virtute Obus capta;* antes, Gabriel Pereira de Castro, *Decisiones,* 451: *... si possessor maioratus transferat possessionem ipsius, non potest talem possessionem extendere ad tempus, quo ius possidendi evanuit, guia non tranfertur ius vita donantis periturum),* como é o caso do usufruto, se o ujufrutuário morre e o proprietário ocupa a *vacua possessio* (Manuel Álvares Pêgas, *Resolutiones Forenses,* 1, 327, in *fine); d)* que é nulo o negócio jurídico, ou éineficaz, ou que é nula ou ineficaz a cláusula *constitu ti,* que o autor invoca como seu título, ou que há contagiação de alguma nulidade ou ineficácia à cláusula (João Rodrigues Cordeiro, *Dubitationes luris,* d. 46, nº 54, 57 e 5S; Manuel Gonçalves da Silva, *Commentaria,* II, 16; antes, Alvaro Vaiasco, *Decisionum Consultationum,* II, 255-257, que versou todo o assunto), não assim se o réu alega apenas anulabilidade, rescindibilidade ou resolubilidade do contrato, que dá o titulo, ou em que está a cláusula, ou dela mesma; *e)* que a posse do que se diz esbulhado era precária, oriunda da posse do réu, como se o autor era servidor da posse, ou era posse como a das pessoas da família, ou dos que estão graciosamente hospedados (Miguel de Reinoso, *Observationes Practicae,* 470 e 464: *In actibus*

merae facultatis nuNo consideratur possessio, ex qua possit dari proescriptio, nec potest quis spoliatus dici; non spoliatur negue deiicitur qui non possidet; Manuel Álvares Pêgas, *Resolutiones Forenses, possessor noh dicitur qui iure facultatis possidet.* L.

Tractatus mandati de manutenendo, obs. 53 e 54).

2.

Consentimento na tomada da posse. Não se entende consentir na tomada de posse por outrem: o sócio, que não podia alienar e dar posse, e consente, em vez da sociedade, ou dos sócios com poderes (Manuel Alvares Pêgas, *Resolutiones Forenses,* II, 926); o pai, mãe, tutor ou curador, se a incapacidade do possuidor érelativa, e qualquer deles entrega a posse, ato em que o entregante havia de ser o incapaz, com assistência, ou não, do pai, mãe, tutor, ou curador.

3.

Eficácia da sentença de reintegração. Quando se reintegra na posse o que foi esbulhado não se lhe reconhece ter continuado de possuir. A sentença executiva contém elemento eficacial declarativo, porém esse elemento não consiste em se dizer que o autor foi possuidor e continuou de ser possuidor, a despeito do esbulho, mas sim que foi possuidor perdeu a posse e se lha restitui, segundo os princípios que presidem à ordem fática *(Quieta non movere).* A repristinação funda-se em que se condena a perturbação da paz, ainda quando o *status quo* não seja *status* jurídico, mas apenas fático. Para a usucapião conta-se o tempo repristinado.

O possuidor que perdeu a posse por ato de outrem há de ser restituido. Tal restituição não é dependente do ano e dia; o que depende do ano e dia é o rito especial. A ação possessória prescreve em quinze anos, entre ausentes, ou em dez, entre presentes.

4. *Casuística da turbação.* E exemplo de turbação da posse continuar a pessoa a quem se permitiu travessia de terreno, a titulo precário, enquanto fosse necessário (e.g., para obras), após cessar essa necessidade, ou o prazo, a passar por ele (2ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 7 de agosto de 1945, *RT* 163/170).

O Supremo Tribuna! Federal, a 29 de abril de 1926 *(RD* 80/ 300), admitiu que seja turbação da posse o arrogar-se algum direito sobre a coisa. A confusão é evidente. Se bem que seja de repelir-se a afirmativa de que somente atos materiais possam ser ofensa à posse, não se pode ir até o que aventurou o relator do acórdão. Há exercício de direito, que, embora não consista em ato material, ou em atos materiais, ofende a posse, tal como se B pede ao lançador do imposto que lance no seu nome, e não no do que está de posse da coisa, imposto, ou se vai à companhia de luz e gás pedir que se retifique o nome do consumidor; porém dai não se há de tirar que todo exercicio de direito ou a simples *nega ção* da posse seja ofensa à posse para que se possa propor ação de manutenção ou de esbulho. Seria o caso de ação declaratória (cf. K. Hellwig, *Lehrbuch,* 1, 206, e II, 239). Apenas é de observar-se — para se atender a que a posse pertence ao mundo fático — que é o interesse na declaração, necessariamente provindo de ato de outrem, ou de fato, que faz a posse entrar, *então,* no mundo jurídico.

O Supremo Tribunal Federal, a 6 de abril de 1934 *(Ai* 32/ 101), disse que a turbação de fata, e não a turbação civil (?), é que dá direito à proteção possessória. Se, com isso, quis dizer que a alegação de direito não turba a posse, está cedo. Se *a priori* afirmou que em nenhum caso o exercício de direito turba a posse, não está cedo. Todavia, são de se evitar conceitos vagos e atécnicos, como esse de turbação civil, que, demais disso, é equívoco. Se B vendeu o prédio de que é possuidor A, com B só venda do prédio não turba a posse (Supremo Tribunal Federal, 6 de dezembro de 1934, *RT* 112/748), como B não ofende a propriedade de A se vende o prédio que é de propriedade de A. Quanto ao acordo de transmissão, que é à parte do contrato consensual de venda e compra, B não pode transmitir o que não tem, quer se trate de posse quer de propriedade; de modo que, se C, outorgado, vem com ato de tomada de posse, tal ato turba ou esbulha a posse deA.

A 1ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 2 de setembro de 1946 *(RT* 163/739), declarou sem objeto (?) a manutenção de posse, não contestada, quando os atos turbativos já haviam cessado voluntariamente antes do ingresso do autor em juízo e não havia iminência de nova turbação. Além do termo atécnico “sem objeto” (ação é procedente, ou não), há a notar-se no acórdão que do fato de ter havido turbação se induz que pode volver a operar-se e, não tendo contestado o réu, somente ele poderia afirmar que não mais turbaria, o que de si só não basta para se terem como inesperáveis pelo autor e

pelo juiz as novas turbações ou a nova turbação. Desde que há receio (1ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 4 de novembro de 1946, 166/ 315) e, tendo havido turbação, que cessou, é o que se há de presumir, é de dar-se o mandado de manutenção.

A ação possessória é ação executiva, de modo que seria deturpá-la dizer-se que basta à caracterização da turbação negar o réu ao autor o direito à posse, ou a posse *(e.g.,* 3ª Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 31 de maio de 1938, RT 115/653). Isso seria bastante em ação declaratória.

Quem contesta a turbação somente com isso não admite a posse do autor (3ª Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 1ª de agosto de 1939, *RT* 121/645). Quem diz que não houve a turbação pode não ter dito que o autor não é possuidor, e pois apenas nega que o autor haja sofrido ofensa; e pode ter dito que reconhece a posse do autor e, pois, os seus atos não podem ser tidos por turbativos. Assim, nem é certo que toda contestação implique reconhecimento da posse do autor, como queriam o Cardeal de Lucca, Manuel de Almeida e Sousa e Antônio Joaquim Ribas, nem é certo que nunca o implique, como, em antítese, sustentaram E. Mendes Pimentel e a 3ª Câmara (também, 2ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 23 de maio de 1938, *Ai* 47/296; 2ª Câmara do Tribunal de Apelação do Rio de Janeiro, 27 de dezembro de 1938, 49/255).

O exercido de direito de retenção sem haver tal direito é ofensa à posse. Nas encomendas de serviços e obras de conserto, o que executou os serviços ou a obra pode reter a coisa até que se lhe pague o preço. Por isso foi injusta a decisão da V Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 25 de novembro de 1947 *(RT* 171/515), que condenou por esbulho a fabricante de gasogénio que aplicou ao automóvel o aparelho emergencial, por tê-lo retido até que o possuidor do automóvel pagasse o preço.

5. Casuística do *esbulho.* São exemplos de esbulho: ocupar terceiro a casa deixada pelo inquilino, sem permissão do que a poderia alugar (4ª Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 7 de março de 1946, *RT* 160/771; 1ª

Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 10 de fevereiro de 1947, 167/740; 6e Câmara, 16 de maio de 1947, 168/237; 1ª Câmara,

16 de setembro de 1947, 172/613); recusar-se o comodatário a entregar a coisa comodada, findo o contrato (1ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 15 de março de 1949, 180/340; 4ª Câmara Civil, 26 de maio de 1949, 181/387, que explicitamente pré-excluiu a ação de despejo).

Os abusos de confiança, que não geram *mutatio causa* possessionis mas usurpação, somente podem ser alegados contra quem abusou. O terceiro, que adquiriu a posse sem violência, nem contrariedade e, *ex hypothesi,* sem precariedade, é incólume a arguição de esbulho (2ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 2 de março de 1930, *RT* 74/349), salvo se *spolií conscius* (art. 504).

O sócio pode esbulhar a posse da sociedade personificada, ou vice-versa. Pode o sócio turbar a posse dos bens da sociedade personificada, ou vice-versa. Se não há personificação da sociedade, há composse, e o sócio pode esbulhar ad turbar a posse do outro sócio como o comuneiro pode esbulhar ou turbar a posse de outro. O que dissemos a respeito da composse e da posse *pro diviso* no bem comum aqui tem inteira aplicação. Por isso fugiu aos princípios, em sua afirmação demasiado geral, a 3ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 10 de fevereiro de 1949

(RT 179/123), quando disse, inadvertidamente: "A ação reintegratória de posse pressupõe a prova da posse anterior da coisa em poder daquele que se diz esbulhado. E como, na sociedade, os sócios individualmente não exercem posse sobre os bens sociais, não é possível dizer-se que há possibilidade de ocorrer esbulho de uns contra outros no tocante a esses mesmos bens." A 5ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a de agosto de 1947 *(RT* 170/208), reintegrou na posse do imóvel o locador por se ter obrigado o arrendatário a entregar o imóvel, finda a locação, independentemente de aviso ou notificação. A ação que tinha de ser proposta era a de despejo, para a qual o legislador criou processo especial e as leis emergenciais cercaram de benefícios ao locatário. A decisão da 5ª Câmara foi contra lei. Certo, o 1ª Grupo de Câmaras Civis, a 4 de novembro de 1947 (171/136, a respeito de sublocatário). Também a 1ª

Câmara Civil, a 31 de agosto de 1948 (176/692), e a 2ª Câmara Civil, a 22 de fevereiro de 1949 (180/263) e a 27 de junho de 1950 (188/289), permitiram a ação possessória contra o sublocatário, cuja

sublocação terminava; sem razão, porque a ação a propor-se seria a de despejo. Não cabe a ação possessória contra o locatário (6ª Câmara Civil, 3 de setembro de 1948, 177/231), ou contra o sublocatário, ainda que tenha havido sentença, trânsita em julgado, sobre a resolução do contrato. E ainda que se trate de prédio rural (sem razão, a 4ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 19 de maio de 1949, 180/657).

A Corte de Apelação do Piauí, a 31 de janeiro de 1935 *(Ai* 34/353), disse que a lei não protege o esbulho ainda que se pretenda fundado em direito, pois a ninguém é permitido fazer-se justiça pelas próprias mãos. Ou se considera que o ato de justiça de mão própria não é esbulho, e está certo o enunciado; ou se considera esbulho o ato de justiça de mão própria, e não está certo o enunciado, — pois o art. 502, 2ª parte, permite, explicitamente, a justiça de mão própria para a restituição. A justiça de mão própria para a restituição só se proibe se não se faz logo (art. 502, 2ª parte, *verbis* "contanto que o faça logo").

§ 1.119. Ação de esbulho contra terceiro

1.

Ação de esbulho contra o terceiro (actio spolii). A ação do art. 504 é fusão do romano com o canônico, que se entronca no pseudo-lsidoro, Temos, pois, de partir do texto do Código Civil, sem lhe querer outra ajuda histórica que aquela que cada filão romano e canônico pode dar. Não compete só ao possuidor próprio; compete a qualquer possuidor que foi espoliado, trate-se de posse própria, ou não, mediata ou imediata. Manuel Mendes de Castro *(Practica Lusitana,* 11, 240) longe já ia nesse caminho *(e.g.,* a favor do usufrutuário, do comodatário, do condutor, do cessionário).

A *exceptio spoiii* do Decreto de Graciano era puramente processual. Fez-se ação, a *Redintegranda,* a *acho spolii.*

A essa altura há toda uma fusão de institutos, como se pode ver em Giovanni Faventino, à C. III, q. 1, em Hugúcio, Azão e Stephanus de Tournay (cf. Maassen, Zur Dogmengeschichte der Spolienklage, *iahrbuch des gemeinen deutschen Rechts,* III, 229 5.; Azão, *Quaestiones,* 82). O que nos interessa é a ação ex *c. Saepe* continqit, que não é a

Redintegranda, e apenas serve de traço de união entre o interdito *unde vi* e a *Redintegranda.* Havia todas as opiniões para a legitimação passiva da ação spo *Iii.* A chicana e a falta de caráter dos clérigos, práticos e canonistas chegou aos extremos. A ação era contra o terceiro, e não só contra o sucessor.

"O possuidor", diz o art. 504, "pode intentar a ação de esbulho, ou a de indenização, contra o terceiro, que recebeu a coisa esbulhada, sabendo que o era." Preliminarmente, advirta-se em que não se estabelece, no art. 504, alternativa. O possuidor pode intentar a ação de esbulho *e* a de indenização, ou qualquer das duas, separadamente. Se o terceiro adquiriu a posse, sem saber que houvera esbulho, a sua posse é justa. Ao dono da coisa ou ao que tem direito sobre ela somente resta o petitório, tratando-se de bem móvel. Tratando-se de bem imóvel, ou de bem móvel cuja propriedade só se transfere com o registro, o registro do acordo de transferência é que transferiria a propriedade e, se isso não foi feito, cabe a reivindicação.

A ação contra os terceiros, sucessores universais, ou sucessores singulares, ou apenas possuidores posteriores, é quanto ao que a eles foi, *in id quod ad eos pervenit* (Ulpiano, L. 1, § 48, D., *de vi et de vi arrnata,* 43,16), ou que, por seu dolo, não lhes foi, *dolove maio eqrum Jactum est, quo minus perveniret* (Paulo, L. 2). Manuel Gonçalves da Silva *(Commentaria,* II, 7 e 10), na esteira dos seus antecessores Agostinho Barbosa, Tomé Vaz, Antônio Joaquim Ribas *(Da Posse e das Ações Possessórias,* 276), traduziu-o mal ou repetiu-o de outrem que o traduzira mal. Ulpiano não aludiu, de modo nenhum, a locupletamento, e sim ao que veio aos terceiros, ao que eles adquiriram, ao que a eles passou, in *id quod ad eos peruenit;* e Paulo, ao que por fato deles a eles não veio. A 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, a 3 de dezembro de 1946 *(RF* 110/416), citou o trecho duplamente errado de Antônio Joaquim Ribas, e nele se apoiou.

O Código Civil, no art. 504, não distingue o sucessor universal ou o singular; mas devemos entender que não cogitou do sucessor *mortis causa,* porque a esse já se referiu o art. 495. O herdeiro e o legatário do esbulhador, que recebe a posse segundo o art. 1.572 e o art. 495, responde pelo esbulho e pela indenização, embora dentro das forças da herança (art. 1.587). Assim, a regra jurídica romana caiu em sistema jurídico que a modificou. Aliás, já antes a havia modificado, de frente, a interpolação justinianéia de *ceteros que successores* na L. 1,

§ 48: *Ex causa hulus interdicti in heredem et bonorum possessorem ceterosque successores in factum actio com petit in id quod ad eos pervenit.* Não se tratava de responder pelo enriquecimento injustificado. Para isso havia a *condictio,* que não era possessória, e na qual o réu podia alegar a propriedade (C. G. Bruns, *Das Recht* des Besitzes, 27; *Die Besitzklagen,* 185; A. Bolze, Einige Quellenstellen zur Lehre von den Condictionen, *Archiu fOr die civilistische Praxis,* 79, 206).

No texto da L. 1, § 48, há interpolação de *ceterosque successores,* o que mostra a dilatação de legitimidade passiva. jSimples explicitação, ou extensão? A Segunda solução é que é a verdadeira.

2.

Terceiro Quanto à extensão a que chega o Código Civil, que não empregou, nem sequer, a expressão "sucessor", mas "terceia ação não vai apenas contra o esbulhador e seus herdeiros, mas contra os terceiros que conseguiram a coisa, sabendo, do esbulho. Assim está, com raizes no falso Isidoro, no Concilio Lateranense (1215) e em Inocêncio III (cap. 18, V, de *rest. spol,* 2, 13: *Saepe continqit, ut quod spoliatus iniuste, per spoliatorem* ín *alium se transiata, dum adversus possessorem non subvenitur per restitutionis beneficium spoiiato, commodo* possessionis *amisso propter difficultatem probationum iuris proprietatis amittit effectum. Unde, non obstante iv ris civilis rtgore sancimus, ut si quis de cete scienter rem totem receperit quum spoliatori quasi succedat in vitium eo quod* non *multum intersit, praesertim quoad periculum* animae, *iniustae detinere ac invadere atien um, contra possessorem huiusmodi spoliato per restitutionis beneficium succurratur.* Discutiu-se se, pela *ratio legis,* a ação podia ir contra o terceiro, que não houve a posse por ato do espoliador ou seu sucessor (contra, C. G.

Bruns, *Die Besitzkiagen,* 246; afirmativamente, 1(. Ziebarth, *Die Realexekution,* 260 s., e E. Windscheid, *Lehrbuch,* 1, 9ª ed., 834). A solução certa, do Código Civil, art. 504, é a de se abstrair da derivatividade da posse pelo terceiro. Não só se abstrai da espécie de sucessão. Só se exige que o terceiro seja de má-fé; e isso não interessa quanto aos sucessores a causa de morte, Tegítimos ou testamentários, porque existe o art. 495, combinado com o art. 1.572, mas suficiente, de si só, para se entender que o pressuposto da má-fé não se exige aos herdeiros e legatários, uma vez que a posse eles a recebem com os seus caracteres.

Quanto à prova, a regra jurídica qu~ Inocêncio IV, nos comentários às Decretais, lançou de, alegado e provado pelo autor ter sido possuidor, incumbir ao réu alegar e provar que o é e ser possuidor de boa-fé permaneceu por muito tempo (cf. C. G. Bruns, *Der Besitz im Mittelalter,* 223 s.), mas a doutrina hodierna surgiu (C. G. Bruns, *Die Besitzklagen,* 251; E. Windscheid, *Lehrbuch,* 1, 9ª ed., 834; contra, O. Eãhr, *Urteile* des *Reichsgerichts,* 47; H. Dernburg, Pandekten, 1, T ed., 440, 8ª ed., 317).

Note-se a concordância entre o art. 504 e o § 858, alínea 2ª, do Código Civil alemão, que se refere ao herdeiro e ao adquirente que conhece o vício da posse do antecessor (Vorgânger). A ação vai contra o adquirente *spotii coriscius,* e não só contra o sucessor *spolii* conscius. A redação do texto brasileiro é melhor porque não permite dúvida.

Manuel Gonçalves da Silva *(Commentaria,* II, 10 e 9) deixou perceber que já se entendia legitimado passivo o terceiro, se bem que fale, às vezes, e era de esperar-se que falasse, de sucessor. Mais claro, Manuel Mendes de Castro *(Practica Lusitana,* II, 241). Correia Teles *(Doutrina das Ações,* ed. 1918, 202) não empregou a expressão sucessor.

Assim, a ação é de propor-se contra o terceiro, sucessor ou não, se de má-fé (= sabendo que a coisa fora esbulhada) e tem os pressupostos da ação de esbulho intentada contra o esbulhador. Não se presume a boa-fé, nem se exige que seja evidente a boa-fé, como pretendeu o Supremo Tribunal Federal, a 30 de dezembro de 1948 *(RF*

122/418). Nada obsta a que se estenda ao terceiro a ação proposta contra o esbulhador (cf. Q Câmara do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 19 de novembro de 1940, *RCJB* 49/293). O ônus da prova da boa-fé cabe ao réu, terceiro, porque ao autor incumbe alegar e provar a posse, que tinha, e o esbulho.

A afirmação do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, a 27 de agosto de 1947 *(RF* 117/514), sobre caber a prova do esbulho ao autor, está certa, porém não há a favor do terceiro, que tem consigo a coisa esbulhada, a presunção de boa-fé (aonde está isso no direito brasileiro?), e tem ele de provar que adquiriu a posse, de boa-fé. O

autor já alegou e provou a sua posse e o esbulho. Se o terceiro recebeu a coisa esbulhada. havendo razão para ignorar o esbulho, então, sim, é improcedente a ação (3ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo,

25 de março de 1931, tU

78/250; Câmaras Civis Conjuntas da Corte de Apelação de São Paulo, 26 de novembro de 1935, 104/317: “O art. 504

do Código Civil faculta ao possuidor intentar a ação de esbulho ou de reintegração de posse, ou a de indenização, contra o ter ceiro, que recebeu a coisa esbulhada, sabendo que o era. Tudo, nesse assunto, se resume, pois, em última análise, em mera questão de fato: verificar se o terceiro sabia que a coisa era esbulhada. O acórdão recorrido e os apontados como divergentes não firmaram, nem podiam firmar tese contrária à do mencionado dispositivo legal; o que eles fizeram foi, justamente, aplicando esse dispositivo, examinar o fato da existência de má-fé do terceiro adquirente.

E, para este efeito, recorreram aos diversos meios regulares de prova, entre os quais figuram as presunções comuns”).

Quem foi esbulhado tem de alegar e provar a posse, que tinha, e o esbulho; ao réu alegar e provar que a proteção possessória contra ele não cabe (L. Rosenberg, Sachenrecht, 69). A boa-fé de ser verificada no momento da aquisição da posse; a má-fé posterior não prejudica (O. Planck, *Kommentar,* III, 1, 4ª ed., 59).

§ 1.120. O art. 505, 2ª parte, não é exceção à regra *spoliatus ante*

1. A chamada exceção de domínio *e reintegração.* A regra *Spoliatus ante omnia restituendus* não sofre exceção contra aquele a quem evidentemente” (art. 505, 2ª parte) não cabe o domínio. O juiz conhece da chamada *excgção de domínio,* se se trata, está claro, de posse como de proprietário *(aliter,* se só imediata ou mediata não-própria), e autor e réu se dizem possuidores, e o réu proprietário, ou o autor se diz proprietário e o prova, aquele ou esse, ser o dono. A prova somente pode ser a da regularidade da aquisição, — não-litigiosidade e não-argúição digna de exame no pedido e processo de restituição ou no processo de reivindicação. Há de constar dos autos a prova da propriedade, sem qualquer ensejo para produção de outras provas que a dos autos mesmos, inclusive a que vem na articulação da exceção e a acompanha. Quanto a bens imóveis, essa exceção opera como imissão, se a propriedade advém do autor da ação possessória, e não com *cognição completa* do titulo da propriedade, para que vá a juízo próprio o espoliado, porque, no mais, é incompleta. Não há eficácia de coisa

julgada material na decisão da exceção de domínio, senão para se dizer que *existe* título à posse. Nenhuma eficácia tem de decisão desfavorável à nulidade ou anulabilidade do título, porque o processo é impróprio para essa discussão, e talvez não se haja argoido invalidade; nem de decisão desfavorável à ineficácia. A decisão, na êxceção de domínio, apenas declara que há relação de propriedade, e o proprietário, acusado de espoliador, tomou posse do que é seu, enquanto não se prova que o titulo énulo, ou ineficaz, ou enquanto não se lhe decreta a anulação. A maior delicadeza do assunto é respeito a bens móveis. Mas o juiz, para se render á prova de que, se o réu tomou, tomou coisa sua, precisa estar diante de provas feitas nos autos mesmos, ou na exceção, com o requerimento mesmo em que se opôs. Em verdade, essa "exceção" é pedido de declaração da relação jurídica de propriedade, ação metida, *ope exception is,* no processo possessório. E ação, e obsta a que se restitua ao autor de posse duvidosa, ou ao réu, de posse duvidosa, não-dono, *contra dominum verum.* omnia restituendus 2.

Direito anterior. A exceção ao princípio da restituibilidade existia antes do Assento de 16 de fevereiro de 1786, onde se diz que "seria visível absurdo (o) de se julgar nos interditos restitutórios e nos outros casos ocorrentes no foro a posse àquele mesmo que pelo processo e evidência dos autos se depreende não lhe deve ser julgada a propriedade." Apenas, se não ocorrera violência no esbulho *(pro violento delectore nulia exceptio aut cunctatio admittatur).* Assim, ou o esbulhador *cuidava* que a coisa era alheia, quando esbulhou, e só após soube ser sua, e será restituido o esbulhado, a despeito da posse, pois cometeu delito e o direito seria incoerente, incentivando os esbulhos (assim, as Ordenações Filipinas, Livro IV, Título 58, § 1, onde a exceção de domínio apenas era para evitar a pena), ou *sabia* ser sua, e prova-o, devendo ser negado o amparo da justiça ao que se diz esbulhado, pois o contendor tinha a pretensão a imitir-se na posse contra quem lhe transferiu a propriedade, pode ocupar a *vacua possessio* e a sua posse, não tendo sido violenta, ato ilícito não foi.

3.

O *direito de agora.* O problema de hoje cifra-se em se saber se o art. 505, 2ª parte, permite que se negue a restituição da posse ao espoliado que foi desapossado com violência, ou outro elemento, que torne bastante para ser *punível* e, no plano do direito privado, gerador *de* responsabilidade *pelo dano* (ato ilicito do art. 159), a turbação ou o esbulho. Ainda ai, o problema cindese: *A)* se é apenas gerador de responsabilidade pelo dano (ato ilícito, ari. 159), sem ser punível, ou a) o juiz pode negar a reintegração do esbulhado, pela procedência da

chamada exceção de dominio, que ai opera como reivindicatória de cognição incompiela sobre o titulo, e incompleta no mais, podendo deferir, ou não, o pedido do esbulhado, na parte da indenizaçao, ou b) en— trepa a coisa ao dono, sem deferimento possival do pedido de indenização (solução que elevaria a chamada exceção de domínio à categoria de objeção à ilicitude do ato de esbulho); E) se o ato é punível e gera obrigação por ato ilicito, o juiz ou a) não pode deixar de reintegrar, nem de deferir o pedido de indenização, ou *b)* pode reintegrar, deferindo o pedido de indenização, ou c) não deferindo; *C)* se o ato é punível e não gera obrigação de indenizar, ou o) o juiz pode reintegrar, ou *b)* não pode reintegrar, e não condenar. Sem essa análise da dejeção e sua sorte no mundo juridico, de modo nenhum se poderia chegar a conclusões claras.

A punibilidade do ato e a responsabilidade pelo dano são independentes. A culpa no es"bulho e a pretensão à posse, como proprietário, também o são: o que foi réu na ação de esbulho, e perdeu, não fica privado de ir, com a ação de reivindicação, contra o autor ganhante na ação possessória. Exatamente essa independência entre punibilidade e delituosidade civil e entre posse e propriedade tornam delicadas as so1uções~ se não se deixa à apreciação judicial toda a decisão, o que seria contra os principlos, e não se enquadraria na 2ª parte do art. 505.

A vedação do esbulho é fundada na necessidade de paz pública geral. O direito romano não permitia a mudança na ordem pública, no tocante à posse, porque invadir as posses enseja grandes tumultos (L. 176, D., *de diversis regulis* iuris *antiqui,* 50, 17). A atitude do Estado tem de ser a de punir o esbulhador (nb *punitionem et odius spoliantis) e* de atender com tutela juridica ao esbulhado *(ob Javorem* et *commiserotionem spolia ti).* Não *é* preciso que esse atendimento se dê sempre que a punição ocorra: pune-se o esbulho que não causou dano; ressarce-se o dano dc esbulho não punível.

A responsabilidade pelo dano pode ser à parte do deferimento do pedido de integraçáo. Exemplo: o senhorio esbulbou o inquilino, que pede a reintegração; durante o processo, finda a locação (nos casos em que não há prorrogação ou compensação legal de tempo, em virtude de leis emergenciais); o locatário não ~ restituído à posse imediata; apenas tem direito às indenizações (Manuel Alvares Pégas, *Resolutiones Forenses,* VII, 12 s.; Arestos do Desembargo do Porto, 16 de abril de 1676, e da Casa da Suplicação, 5 de novembro de 1676: *conductionis tempus clopsum est, ad quod tantquam prateriturn appellatus*

restitui non potest; e conclula, em sua tenção, o relator do acórdão do Porto: *prcsecedens domínus restitutionem feri* opcrtere *ad fructus et interesse defluxi temporis, qua appellcitus sua locatione uti impeditus fuit).*

A restituição não se dá se o possuidor esbulhado alega posse como proprietário e o acusado de esbulhador prova que tomou posse e que proprietário é ele (cf. Código Civil suíço, art. 927, alínea 2ª). O Código Civil, art. 505, 2ª parte, fala de domínio; mas a regra entra noutra mais geral, que diz: "Se o réu prova desde logo que tem direito que lhe dá pretensão, ou ação, contra o que se diz esbulhado, para reaver a posse, a reintegração não se dá." Exemplo: A tomou a C o cão que B lhe roubara, A pode provar que o cão é seu, e a restituição não se dá (assim em velho direito português como perante o Código Civil, art. 505, 2ª parte, e Código Civil suíço, art. 927, 2ª alínea). Apenas, no art. 505, 2ª parte, só se formulou regra jurídica de prova. Supõe-se dúvida.

Em suma: feita a prova plena do esbulbo, não há pensar-se em incidir o art. 505, 2ª parte; se não há prova plena, então épossivel que se componham os pressupostos do art. 505, 2ª parte.

No tempo em que não cessou a violência, nem a clandestinidade, não houve, ainda, esbulho; está a operar-se. Se a clandestinidade não cessou, e ela somente tem de cessar para o ofendido, o que tomou a coisa pode aparecer perante outrem como possuidor e tem a proteção, porque a eficácia radical da c!andestinidade (= elidente da perda da posse pelo ofendido) e a simplesmente viciante (posse clandestina, por sua origem, embora cessada a clandestinidade) são *relatívos.*

4.

Limitação de meios *de prova (Código Civil, art. 505, 2ª parte).* Dá-se no art. 505, 2ª parte, limitação dos meios de provas. Somente servem os que são *evidenciantes.* Naturalmente, hão de ser produzidos quando acompanham a petição, ou quando o juiz ouviu o réu, se é o caso (Código de Processo Civil, art. 928, parágrafo único), ou na contestação (art. 930). Testemunhas somente servem se produzidas pré-constituidamente, ou no tempo de ser ouvido o réu, ou, se a causa seguiu o rito ordinário, segundo os princípios. Pericias somente durante o procedimento ordinário.

Cf. F. Ostertag (Sachenrecht, *Kommentar zur Schweizerischen Zivilgesetzbuch,* III, *3,* 2ª ed., 54).

5. *Eficácia da decisão.* A eficácia da decisão sobre o direito do réu não é a de sentença de cognição completa. Cinge-se à defesa na ação possessória; não tem, pois, força de coisa julgada material, nem carga de eficácia suficiente para a coisa julgada material (E Ostertag, Sachenrecht, *Kommentar zum .Schweizerischen Zivilgesetzbuch,* IV, *3,* 2ª ed., 53: *Uber das* Recht *des Beklagten wird nicht rechtskràftig entschieden: es wird nur zur Verteidigung gegen die Besitzschutzklage in den Streit gezogen).*

Pode parecer que tal invocação de princípio não cabe contra os termos empregados pelo art. 505, 2ª parte (verbis

"a quem evidentemente não pertencer o domínio"). Porém o argumento éfraco: "evidentemente" está aí em lugar~de

"manifestamente"; a lei, tropegamente, referiu-se à evidência do não-domínio do possuidor, que se diz esbulhado, e não do possuidor que prove o domínio; a redação, defeituosa, permite que se atenda ao todo do sistema jurídico, para que tenha senso o que se escreveu.

Quanto ao art. 503, onde há indenização ainda se não houve culpa, o deferimento da objeção de dominio exclui que se possa condenar, com base no art. 503, o réu dono da coisa: falta o elemento da sentença de manutenção ou de esbulho. Não assim, se a sentença reconheceu que o réu, dono, fora turbado ou esbulhado. (A aplicação dos arts. 510 e 519 é para as espécies de reivindicação ou de vindicação da posse.)

6.

Alegação de domínio e imissão na posse. A acolhida da alegação de domiNo, quando esse se prove manifestamente, — se prevalecesse *ainda* contra o possuidor, que o é sem qualquer dúvida, — seria imissão, inserta no processo possessório. Tal brecha ao sistema foi criticada ao 1 Projeto alemão (O. Wendt, Besitz und Inhabung, *Archiu fOr die civilistische Praxis,* 74, 153-159; E. 1. Bekker, Der Besitz beweglicher Sachen, *(Jherings Jahrbúcher* 34, 45 s.). O Código Civil alemão tomou atitude radical, eliminando qualquer objeção de petitório. O Código Civil brasileiro, que admitiu a objeção de domínio, em se tratando de ação de posse própria, suscita a questão.

Preliminarmente, a imissão na posse exige a legitimação passiva

(alienantes dos bens ou terceiros que os detenham, não os que possuam; antecessores na administração ou representação das pessoas jurídicas, que sejam tenedores da posse, ou possuidores contra os quais já se possa exercer a ação da pretensão à entrega; antecessores de mandatários etc.; cf. nossos *Comentários ao Código de Processo Civil,* XIII, 223 s.). A analogia com a imissão na posse excluiria que a pretensão do possuidor manutenível ou reintegrável pudesse ser afastada pela objeção de domínio.

Naturalmente, tal objeção não pode ir contra o possuidor imediato, nem contra o possuidor mantido ou reintegrado, ou contra o antecessor do objetante do domínio. Resta problema preciso: se a posse não se origina de esbulho de antecessor do objetante, como se foi tomada, de boa-fé, a quem a tinha em virtude de título nulo, ou que foi anulado,

~prevalece o art. 505, 2ª parte? Supóe-se que o requisito da prova evidente esteja satisfeito e provada a posse do autor, que não tem vícios. A 2ª parte do art. 505 só se refere à ação de reintegração, portanto se o objetante *tem* a posse. Se a ação é de manutenção, a objeção de domínio não é pertinente, porque seria invocar o réu objetante direito de propriedade, que ele não exerceu, pois que não se investiu na posse, de mão própria, nem na pediu pela ação adequada, que é a de imissão na posse ou a de reivindicação, conforme a espécie. A situação é diferente daquela em que o réu éacusado de esbulho e se imitiu, em justiça de mão própria, na posse, — razão por que é de admitir-se, desde logo, a mostrar o seu direito de propriedade. Dito isso, poder-se-ia concluir que foi a ação de imissão na posse que se inseriu no processo da açáo possessória de esbulho, porém com isso não teríamos respondido à questão, que acima se pôs: a exigência da legitimação passiva, à semelhança da ação de imissão na posse, deixá-la-ia sem resposta quanto àquelas espécies em que o autor da ação de esbulho não seria legitimado passivo da ação de reivindicação. E aqui está o *punctum doliens.* O autor da ação possessória pode ter feito prova da posse, sem afastar dúvida quanto à posse do réu, mas ter provado evidentemente o seu domínio.

Se o réu, que poderia ter êxito com a objeção de domínio, não a levantou, ou a levantou sem evidência de não ser dono o autor, a responsabilidade pelos danos causados pelo réu é a do art. 503.

Não se confunda a objeção de domínio, se o proprietário éarguido de esbulhador e invoca o art. 505, 2ª parte, com a *exceptio dominii,* na

condictio possession *is,* que não é ação ou remédio possessório: se o reu é proprietário da coisa, não se pode dizer que possui sine *causa vel ex iniusta causa;* e, salvo depois da constituição de Valentiniano, Teodósio e Arcádio, no ano de 389 (L. 7, C., *unde vi,* 8ª, , sempre cabia ao proprietário a *exceptio dominii.* Depois, o fato de ter o proprietário feito esbulho importava na perda da posse. Não temos, hoje, a regra jurídica da referida constituição, que, antes do Código Civil, se reproduzia nas Ordenações Filipinas (Livro IV, Título 58, *pr.* e § 1), mas já estava em desuso *(Repertório das Ordena çóes,* 11,144 s., *verbo* "Esbulho", nota *d;* Teixeira de Freitas, *Consolida çáo das Leis Civis,* nota 22 ao art. 815; Lafaiete Rodrigues Pereira, *Direito das Coisas,* 1, 67).

O reú pode alegar que tem posse e que é dono. O autor pode também fazê-lo, por dizer-se possuidor e dono. A prova evidente de quem é dono exclui que a outra parte possa ser, mas a eficácia disso, na ação possessória, só tem a consequência de se julgar possuidor quem é dono se há dúvida quanto à posse, que há de ser, na espécie, posse própria.

7.

O *art.* 505, *2ª parte, e a posse não-própria.* O art. 505, 2ª parte, é regra jurídica que faz suficiente à sentença favorável haver prova não-plena de posse *mais* prova de domínio, pois a outra parte tem prova nºo-plena da sua posse *sem* prova de domínio. Surge a questão de se saber se *a)* a respeito de alegação de posse não-própria incide o art. 505, 2ª parte, por analogia, ou *b)* se épossível revelar-se, no sistema jurídico brasileiro, regra jurídica que, a respeito de posse não-própria, corresponda à do art. 505, 2ª parte. Parece que adotou *a)* a 1ª Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 31 de julho de 1944 *(RT* 155/703; *RF* 103/90): "O principio do final do art. 505 do Código Civil de que "não se deve, entretanto, julgar a posse a favor daquele a quem evidentemente não pedencer o domínio", só se aplica quando duas pessoas se apresentam em ação possessória, alegando a posse e o direito de possuir, caso em que esse direito pode ser apreciado e posto à margem quando evidentemente não existir. Mas, se o réu não invocou o direito de possuir e sim somente o fato da posse, o que lhe era possível fazer em ação possessória, ~como decidir-se pelo domínio, afirmando-se que este direito, que nem sequer foi alegado, evidentemente existe?" Mas a atitude prevalecente do próprio Tribunal de São Paulo é no sentido de o princípio só se referir à posse própria (além da jurisprudência que já se citou, 2ª Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 30 de novembro de 1943, *RT*

148/255, RF 99/104; 4ª Câmara Civil, 10 de dezembro de 1944, *RT* 150/603).

Se a posse não é própria, é nos princípios peculiares que se há de basear a decisão, porquanto a decisão sem cognição completa do direito há de apreciar as situações. Finalmente: *a)* provado o esbulho (= provada a posse do autor +

provada a espoliação), não cabe atender-se á exceção; *b)* provada plenamente a posse do autor, não cabe atender-se àexceção, porque provar plenamente a posse é deixar sem probabilidade a prova da posse do adverso; *c)* provável o domínio do autor, não cabe atender-se à exceção; *d)* se a posse do réu, que se quer provar, ou se prova, não é própria, também não se atende à exceção.

O art. 505, 2ª parte, não é exceção ao art. 504, nem ao art. 506.

Convêm lembrar o que acima dissemos sobre o demandante, na ação possessória de manutenção ou de reintegração, que alega ter posse oriunda de outra, *própria (e.g.,* locatário que diz quem é o proprietário), e sobre o demandado que faz o mesmo. A questão sobre a posse própria vem à balha e pode ser manifestado que o terceiro de quem o autor houve a posse não tinha, nem tem posse. Em todo caso, para que a exceção de domínio possa ter procedência, é preciso que haja dúvida sobre a posse imprópria do autor, pois pode o que não tinha posse ter dado ao autor, ou a alguém, entre eles, o ensejo para exercer o *poder fáctico,* que éa posse, como se fosse locatário. A procedência da exceção de domínio fica dependente da *dúvida* sobre essa posse e da dúvida sobre a posse própria da pessoa a que se atribui a origem da posse imprópria.

Em termos rigorosamente científicos, a alegação de domínio não é exceçãO, mas simples alegação para peso, a mais, em caso de provas dúbias. O art. 50ª, 2ª parte, apenas é *regra jurídica* sobre *prova.* Na dúvida, pesa mais a prova do domínio como prova de posse, se se prova que evidentemente não pertence àoutra parte o domínio. Por isso mesmo, deve o juiz abster-se de aplicar o art. 505, 2ª parte, se não há os pressupostos necessários.

A exceção de domínio somente concerne à ação de reintegração, e não a ação de manutenção? Assim, a 1? Turma do Supremo Tribunal Federal, a 6 de julho de 1949 (HE 126/450). Não é isso o que está no

sistema jurídico. O que se exige é que *a)* o autor pleitele pela posse própria, que *b)* tenha sido ouvido o sujeito passivo (= tenha havido angularidade da relação jurídica processual = não tenha sido caso de esbulho que permite a açao sem ouvir a outra parte) e que c) seja *evidente* o domínio do demandado e não-domínio do demandante.

O que o juiz tem de fazer é invocar o art. 500 do Código Civil de 1916 *(possessoriurfl* summariissimum), por obediência ao princípio Quieta *non movere.*

Se há negação do domínio, com alguns elementos de prova, que precisem de exame *(e.g.,* há certidão do registro de imóveis e se alega tempo de posse que *poderia* ser suficiente para a usucapião), não cabe atender-se à *exceptio,* porque não é evidente o domínio do mandado.

Todavia, se A propõe contra B ação de manutenção e nem A nem B faz prova plena da posse, e houve a exceção de domínio, Legítima Defesa e Justiça de Mão Própria

§ 1.121. Legítima defesa da posse

1.

Defesa fática da posse permitida em direito. A legítima defesa da posse (evite-se dizer "direito de legitima defesa da posse", porque tudo se passa no plano fático) dirige-se contra o ataque atual, turbação (inquietação) iminente, ou atos *perdurantes* (= enquanto dure o estado que de]a se originou). Adiante, nº 3.

A legitima defesa pode ser exercida pelo possuidor imediato, pelo representante legal, pelo servidor da posse e, era certas circunstâncias pelo possuidor mediato. Excluia G. Planck (Kommentar III, 4ª ed., 59) o possuidor mediato; sem razão, conforme se verá. Também o órgão das pessoas jurídicas pode exercer a legítima defesa. Bem assim, os servidores da posse.

2.

Legítima defesa da posse e *justiça de mão própria.* O vizinho abriu poço no terreno de 8; pode 8 tapá-lo, se entende fazê-lo Jogo depois. Se A passou pelo terreno noventa e nove vezes, pode 8 impedir-lho à centésima vez.

Entende Martin Wolff *(Lehrbuch* III, 27ª-30ª ed., 47) que se trata de posse consumada; porém, ai, a consumação é discontínº~, razão por que não se pode tratar como turbação consumada, O locatário pode pôr fora do seu quarto, ou apartamento, sem quaisquer formalidades prévias, simultâneas ou complementares, o locador que, em sua ausência, o Ocupara. Se o faz ao chegar, a turbação continuada cessa pela legítima defesa; se precisa de outras pessoas, ou não o quer fazer de noite, para evitar ruído, que incomode a vizinhança, há de fazêlo logo que Possa, e tratar-se-á de justiça de mão própria.

A jurisprudência não tem prestado a atenção à diferença entre o art. 502, 1ª parte, e o art. 502, 2ª parte. Ali, há legitima defesa; aqui, justiça de mão própria. A 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, a 6 de junho de 1947 *(Ai* 83/228), disse: "O desforço, a lei o autoriza, nos termos do citado art. 502, sob duas condições: que se manifeste *cum Jestinatione, verbis:* "contanto que o faça logo", e que guarde a moderação da tutela inculpada." Trata-se de ato de *legítima defesa* da posse e que em princípio, se deve manifestar no momento do ataque. Deve ser imediato, in ipso *congressu.* No Projeto do Código Civil falava-se em "ato contínuo." Foi por uma emenda de Rui Barbosa que se disse

—contanto que o faça logo, observando o sumo doutor que tocava à doutrina julgar da conveniência, ou não, de se atender as circunstâncias a que aludiam as *Ordena ções do Reino.* E, certamente, podem elas ser consideradas em casos especiais. Em regra, porém, a resistência (em caso de turbação) ou o desforço (caso de esbulho) — a defesa, em suma há de revelar-se asinha, *ex continen ti,* non *ex intervallo.* Algumas vezes, a incorreção terminológica é laamentável.

A retomada da posse iibr ato de justiça de mão própria já tem a eficácia que teria a sentença de reintegração. Se o justiçador de mão própria teme que o esbulhador volte, pode usar do interdito proibitório, bem assim da ação de manutenção se o justiçado insiste em turhá-lo. Se propõe a ação de esbulho, sem que se tenha dado a perda da posse após o justiçamento, não pede mais do que a manutenção e é de toda pertinência invocar-se o art. 920 do Código de Processo Civil: "A propositura de uma ação possessória em vez de

outra não obstará a que o juiz conheça do pedido e outorgue a proteção legal correspondente àquela, cujos requisitos estejam provados." Se não há turbação, nem receio de turbação, ou de esbulho, então é de indeferir-se o pedido (cf. Câmaras Conjuntas do Tribunal de Justiça de São Paulo, 25 de fevereiro de 1928, RT 65/656: "Não pode pedir reintegração de posse aquele que já usou do desforço, obtendo a reintegração da coisa por autoridade própria. O desforço constitui recurso alternativo: usar dele e da reintegração judicial simultaneamente, coisa é que se não comparece com a índole do nosso direito possessório"). Se

"logo"

O art. 502 é invocável ainda contra atos estatais (e.g., *44* Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 3

de agosto de 1938, *RT* 116/687; 14 de dezembro de 1938, 119/228: "A faculdade de requisitar a Procuradoria de Terras das autoridades policiais a força necessária para garantir a posse do Estado em terras do seu domínio, quando invadidas ou turbadas por terceiros, *é* admissível apenas quando se tratar de desforço imediato, previsto pelo art. 502

do Código Civil").

O art. 502 é invocável, segundo os princípios, entre comuneiros *pro indiviso* ou pro *diviso (e.g.,* 34 Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 27 de fevereiro de 1940, *RT* 128/519).

3.

Retirada da contrariedade a direito. A legítima defesa possessória (art. 502, *verbis* "poderá manter-se") passa-se no mundo fático (= não há *direito* de legitima defesa), pois apenas se retirou ao ato o ser contrário a direito. Uma vez que não há contrariedade a direito, o ato de legítima defesa é praticado, se o quer o turbado na posse, sem que o direito o inclua nos atos ilícitos. Se a turbação *é* repetida, enquanto ela dura, sem se dar esbulho, o prazo do art. 523

não começa de correr; portanto, a legítima defesa épermitida. A legítima defesa cessa de ser permitida *desde* que começa de correr o prazo do art. 523; e o prazo somente começa a correr porque a

legítima defesa já não seria permitida. Diz-se que se tolerei noventa e nove vezes a passagem pelo terreno, posso, à centésima vez, impedir que o turbador passe (Martin Wolff, *Lehrbuch,* III, 27ª-30~ ed., 47); porque, aí, não há continuidade de turbação, e sim reincidência dela. Também Madin Wolff dá o exemplo do vizinho, que abre buraco no terreno, e diz que pode o dono desse tapá-lo, à força, quando entenda. No entanto, sem razão: se já se iniciou o prazo para a ação possessória, o ato do que tapou ou é recebido, pelo que fez o buraco, como exercício normal do direito de propriedade, e *toilitur quaestio;* ou como ofensa à sua posse, e então o que fez o buraco pode defender a posse, alegando-a, contra o que não tinha direito a fechar o buraco, ou invocar o art. 505, 2ª parte.

A permissão do desforço compreende-se no *princípio geral de legítima defesa* (art. 160,1, l~ parte) e já bem o frisara E. 1. Bekker (Der Besitz bewegiicher Sachen, *Jherings Jahrbúcher,* 34, 11). Mas uma coisa é defender-se e outra exercer justiça de mão própria: quem se restitui não mais se defende; o momento da defesa passou, — faz-se justiça a si próprio, tutela-se. Se a coisa já se acha na posse de outra pessoa, tem de lhe retirar, e por si mesmo, a posse.

O que se defende continua no mundo fático, a ato opõe ato, a força opõe força; não assim o que se restitui, segundo o art. 502, 2ª parte, e põe-se no lugar do juiz: o art. 502, 2ª parte, permitiu-lhe a justiça de mão própria, como direito singular, algo de anômalo.

Na L. 17, D., *de vi et de vi armata,* 43, 16, Juliano diz que se entende que não possui por força o que por força recupera, na mesma luta, a posse que à força se lhe tomou, — melhor volve ao estado primitivo; e, por isso, se eu te houver afastado à força, e imediatamente tu a mim, e kgo eu a ti, terás o interdito unde vi. Na L. 3, § ~, é de Ulpiano: Assim, pois, podemos repelir com armas o que vem com armas, mas isso imediatamente, não após intervalo, de modo que saibamos que não somente é permitido resistir, para não ser posto fora, mas que o que fora posto fora ponha fora ao mesmo, não após intervalo, mas imediatamente. Impressionou-se F. von Savigny *(Das Rettzt des Besitzes, 4ª* ed., 401) com as expressões *ilico, deinde,* non ex *intervallo, sed ex continenti,* a que corresponde o "logo" do art. 502, in *fine,* e afirmou não se quebrar a continuidade da posse. *In ipso congressu,* no mesmo encontro, na mesma luta, o ir e vir da vitória nada significaria para o estado pristino. Tudo se passaria, portanto, no terreno da legítima defesa. Não pensou assim E. 1. Bekker *(Das Rechi des Besitzes bei den Rômern,* 277 e 280). A posse perde-se a cada

violento pôr-se fora o possuidor: ainda por minutos, ou mais, é não-possuidor, que precisa de reintegração na posse. Portanto, o ato de retomar a posse é ato de justiça de mão própria, a fim de reverter o ofendido ao pristino estado (in *pristinam* causam). Na L. 46, D., *de adquirenda vel amittenda possessione,* 41, 2, Papiniano pôs o princípio de não se perder a posse enquanto se sabe do esbulho *(quandiu possessionem ab alio occupatam ignoraret),* que está vivo no art. 497, 2ª

parte: "senão depois de cessar a violência, ou a clandestinidade." Na L. 3, § 7, e na L. 7, reafirma-o Paulo. Mas aí a tença *vi* ou *clam* não se faz posse enquanto não cessa. Cessando a força ou a clandestinidade, é posse. De modo que, se B toma a A a coisa, pode logo A retomá-la a B. Se B a toma de A e A a toma de B, pode B retomá-la de A. Há justiça de mão própria durante o lapso de tempo que o direito não considera *intervalo.* Por isso mesmo, o que ignora que alguém, na sua ausência, lhe tomara a casa, pode pôr fora o intruso, e Papiniano o disse. No próprio direito contemporâneo, não se pode ter por cessada a posse, porque houve a clandestinidade. E o art. 497 é expressivo: "Não induzem posse ... como não autorizam a sua aquisição os atos violentos, ou clandestinos, senão depois de cessar a violência, ou a clandestinidade." O *modicus tem pus* para o art. 502, 2ª parte, é, àparte do tempo do vicio, o que seja necessário à retomada, no mundo fático. Não importa se se tem de retomar a posse imediata, ou só a mediata (cf. R.

Kúnkler, *Der Selbsthúlfeschutz des Besitzers,* 35 s.).

No art. 522, diz-se que "só se considera perdida a posse para o ausente, quando, tendo notícia da ocupação, se abstém de retomar a coisa, ou, tentando recuperá-la, é violentamente repelido." Ocupação aí está em sentido de tomada da tença (e não no sentido de ocupação de coisas sem dono, modo de aquisição da propriedade mobiliária). O

princípio é romano; e não se choca com a teoria romana da posse, como pareceu a alguns (E. Gumped, *Der Verlust des juristischen Besitzes,* 12); a teoria é que teria de levar em conta esse e outros textos.

Ao tempo em que o povo romano era fixado à casa e dela nunca se ausentava por muito tempo, não precisou o direito romano do princípio da L. 3, § 8, D., *de adquirenda vel amittenda possessione,* 41 2. Paulo diz que, se anunciou alguém que a casa está ocupada por ladrões, e seu dono, aterrado pelo medo, não quis acercar-se dela, está assente que perdeu ele a posse; porém, se falecera o servo, ou o

colono, pelos quais corporalmente Possuía, reterei, *animo,* a posse. Temos, hoje, de adaptar o princípio ao sistema jurídico brasileiro, que abstraiu do *animus* e do *corpus.*

Enquanto a violência e a clandestinidade não cessam, não há posse pelo que se apossou (art. 497, T parte). Cabe a justiça de mão própria (art. 502, V parte) desde que o esbulhado, *logo* que possa retomar, após o conhecimento do fato, o imóvel, o retome. O *interdictum de clandestina possessione* também caberia.

Na L. 6, § 1, Ulpiano figura o caso de quem sai em férias sem deixar servidor da posse e outro ocupa a posse; e informa que Labeão entendia reter a posse o que saiu em férias e, volvendo o dono, se o intruso resiste, mais se há de entender que possui violentamente do que clandestinamente. Celso (L. 18, § 3) frisou que não se deixa, em tais casos, de possuir imediatamente *(ilico),* podendo o que chegou expulsar o intruso, logo que o saiba: *facile expulsurus Jinibus, simul sciero.*

§ 1.122. Direito de justiça de mão própria

1.

Direito à tutela jurídica própria. O direito a recuperar a posse ou *a)* se exerce perante o juiz, com o exercício da pretensão àtutela jurídica, pois que o Estado prometeu, deduzindo-se a pretensão à recuperação *(res in iudicium deducta),* ou *b)* pelo próprio titular, deduzindo-a perante si mesmo (justi~t de mão própria). A inserção desse poder no art. 502, *verbo* "esbulhado", atende a que é princípio geral sobre a justiça de mão própria que ela somente cabe onde *falta* a justiça estatal e seria *impossibilitada,* ou *grandemente dificultada,* sem aquela, a reparação, mas áposse convém que se permita a justiça privada, ainda que esses pressupostos não se juntem. E indiferente, portanto, se a tutela jurídica se pode obter a tempo, ou se existe, ou não, o temor de que se frustre a posse. Por isso mesmo, a existência da regra jurídica especial do art. 502, *verbo* "esbulhado", de modo nenhum serve de argumento a que se exclua a existência das espécies de justiça de mão própria, que entram no princípio geral.

2.

Esbulho e justiça de mão própria. O direito de justiça de mão própria, fundado no art. 502, *verbo* "esbulhado", pode ser exercido pelo possuidor imediato, pelo representante legal, pelo órgão, pelo servidor da posse e, em certas circunstâncias, pelo possuidor mediato. Excluia a esse G. Planck *(Kommentar,* III, @ ed., 59). O que roubou ou furtou, ou indevidamente se apropriou da coisa, pode justiçar o que Iba toma, como pode defender-se; salvo se contra o terceiro que defende o desapossado, ou que exerce a força como representante legal, mandatário, ou gestor de negócios desse.

§ 1.123. Medidas permitidas

1.

Atos que se permitem, em legítima defesa, e autotu tela. A medida, em que se há de admitir o emprego da força, determina-se para a legítima defesa da posse como para a recuperação por mãos próprias, segundo as necessidades de cada caso (art. 502, parágrafo único: "Os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse."); o que exceda é contrário a direito (cf. E Ostertag, Sachenrecht, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch,* IV, 48; Código Civil suíço, art. 926, alínea 3ª). O excesso é ato ilícito absoluto (arts. 502, 160, 1, 1ª parte, e 159; princípio da ilicitude da justiça de mao própria). No direito alemão, em que a responsabilidade pelo ato de justiça privada é sem culpa, § 231, seria de discutir-se se o é no tocante à posse, que tem a regra jurídica especial do § 859, 2ª e 3ª alíneas (afirmativamente, C. Crome, *Spstem,* III, 66, nota 11, E.

Rohde, .*Studien,* XXII, 25; negativamente, sem razão, L. Rosenberg *Sacl-zenrecht, 74;* G. Planck, *Kommen lar,* 111, 4ª ed., 60). No direito brasileiro, a questão não se põe; porque não há a regra gera! da responsabilidade sem culpa pelo ato ilícito de justiça por mãos próprias, nem pelo excesso. Veja, a respeito, Tomo II, §§ 198 e 200.

2. *Circunstâncias* As circunstâncias é que determinam o indispensável ~ manutenção (defesa) ou a restituição (autotutela) da posse. Se A

não quer que B passe por suas terras, nem por isso lhe é dado soltar os cães sobre B *(aliter,* se proibiu, avisando de que soltaria os cães, porque ai há cominação de justiça privada, que estabelece relação paraprocessual entre A e B).

§ 1.124. Limitação temporal à justiça de mão própria

1.

Limite no tempo. A limitação temporal do art. 502 *(verbis* "contanto que o faça logo") refere-se à justiça privada, e não àlegítima defesa da posse. Essa tem de ser enquanto há turbação, e não após ela. A legítima defesa após o ato seria contradição *in terminis:* a atualidade do ataque é elemento essencial do conceito. Na L. 17, D., *de vi et de vi armata,* 43, 16, duliano disse: *Qui possessionem vi ereptam vi in ipso congressu reciperat, in pristinam causam reverti potius quam vi possidere intellegendus est: ideoque si te deiecero, ilico tu me, deinde ego te, unde vi interdictum tibi utile erit.* Traduzindo: "Quem pela força recupera, na mesma contenda, a po~te, que se lhe tomou à força, mais se há de entender que reverteu ao estado primitivo do que possuir por força: por isso, se eu te houver expulso à força, e tu imediatamente *(ilico)* a mim, e eu, após, a ti, terás o interdito útil *unde vi."* Tanto *deinde (de, inde)* quanto *ilico (in, loco)* se referem a espaço, a lugar, e não a tempo. O *direito romano não teve a justiça de mão própria quanto à posse.*

Tal justiça vem do direito germânico. Não se pensou, na L. 17, em ato posterior, que seria ataque; pensou-se em cadeia ininterrupta de atos de força, de modo que nenhum poderia dizer-se, *em algum momento,* possuidor, Ulpiano, na L. 3,

§ 9, D., *de vi et de vi armata,* 43, 16, foi claro, posto que menos descritivo do que Juliano: "Assim, pois, podemos repelir com as armas ao que vem com armas, mas isso no mesmo instante *(con festim),* não com intervalo, desde que saibamos que não só está permitido resistir, para não ser expulso, mas também expulsar ao mesmo o que foi expulso, não com intervalo, mas continuadamente *(ex continen ti)", Con festim (cum, fes ti-, festion-, festino,* Vanicek, *Etymologisches Wórterbuch der lateinischen Sprache,* 184), "apressadamente", *ex continenti,* é junto, no mesmd conteúdo espacial e temporal. O texto desse fenício disse menos expressivamente que o do africano, embora

se deva crer em duas interpolações; mas os dois dizem o mesmo. Em nenhum há justiça privada. Há descrição do mundo fático, onde a legítima defesa se passa. (Se a justiça privada primitiva, anterior a toda justiça estatal, ocorria a respeito de posse, é outra questão, que não nos interessa; e a tese de que à base dos interditos estivesse a justiça de mão própria,. F. E Kniep, *Vacua Possessio,* 1, 378 s., só seria de discutir-se, para os tempos *anteriores* àproteção interdital.)

2.

Recuperação da posse e tutela estatal. Na recuperação da posse, ou *a)* há o pedido de tutela jurídica estatal, *mais,* em consequência da decisão estatal favorável, a execução pelo Estado, o que corresponde a época mais recente na evolução da proteção possessória (monopólio estatal da justiça); ou *b)* há o pedido (ao juiz) de assistência de oficiais de justiça, sem citação do esbulhador, praxe portuguesa que corresponde à época intercalar, entre a justiça de mão própria primitiva, aformal, e o monopólio estatal da justiça, e entra na categoria da justiça de mão própria formal ou solene (Gabriel Pereira de Castro, *Tractatus de Manu Regia,* II, 52: *... quando spoliatus petit a iudice se restitui in continenti sibi a jure indulto, ut restitui possit propria auctoritate, de qua in Orinat. lib. 4, titul. 58, § 2 non est dubiuni iudicem manum, seu familiam suam acomrnodare debere sumpta informatione possessionis spoliati, quam an accipere possit, parte non citata, dubiurn est non leve, cum partis citatio semper necessaria sit, ut testium dicta nocere possint),* ou *c)* há o desforçamento em justiça de mão própria, que é o residual que se não julgou conveniente extinguir, a despeito da estatalização monopolística da justiça. Houve, em Portugal, como em Roma, tentativa de nada se deixar à justiça de mão própria; porém a vida mostrou que não seria a solução mais acertada. Afonso III pôs por princípio absoluto que só o Estado poderia proteger a posse (Ordenações Afonsinas, Livro IV, Título 65, § 1: *... nom seja algum tão ousado que sem Mandado d"EI Rey, ou per seu consentimento filhe alguã cousa moveI, ou raiz, de que outrem tenha a posse, salvo seendo primeiramente chamado a Juizo esse, que assi estever em posse dela).* Resolveu D. Dinis, a 5 de janeiro de 1332, pôr penas contra os esbulhos, tal como em direito romano, mas ressalvou aqueles casos de justiça privada residual: *salvo* no *caso, bonde per direito he outorgado que se possa cometer força, assi como se homem fosse forçado de alguã cousa, e ele a quisesse logo per força cobrar, ca o poderá bem per direito fazer* sem *embargo desta Lei* (Ordenações Afonsinas, Livro IV, Titulo 65, § 3). Já na mente de D. Dinis andavam misturados os casos de

legítima defesa, *per direito* outorgada (= por direito *romano* pré-excluida a contrariedade a direito), e os de recuperação por justiça de mão própria. O "logo", que no texto aparece, é aquele "logo" que está no art. 502 do Código Civil. Para ele não haveria texto romano que servisse; nada tinham com a justiça de mão própria, em matéria de posse, os textos romanos. As dificuldades eram muitas, e os doutos discutiram, sem atinarem com o fio histórico que prendia ao direito germânico esse "logo." Daí a Ordenação Afonsina do Livro IV, Título 65, § 8: ... *os Sabedores antigos fezerom gram defecu Idade acerca desta palavra logo, como se deve entender; e deglarando acerca dela Dizemos que esto deve ficar em alvidro do Julgadon o qual deve sempre esguardar a qualidade da cousa forçada, e* o *lugar bonde stá, e bem assi das pessoas, assi do forçador, como do forçado; ca se* fosse *a força feita por huum homem de pequena condiçom a outro semelhante, em tal caso deve-se .çn tender a dita palavra logo, a saber, ante que o dito forçador se occupe e embarque em alguer outro auto diverso e separado daquela auto de força e bem assi Dizemos que, se a dita força fosse feita por algufl Fidalgo, ou Cavaleiro, ou qualquer outra pessoa poderosa, d"a Iguá cousa de grande sustância, e em lugar bonde o forçado razoadamente nom podesse tão asinha chamas e aver tanta gente com que podesse cobrar a dita cousa forçada, em tal caso deve-se a dita palavra logo entender, a saber, que haja esse forçado tom grande espaço pera cobrar, e aver a dita cousa, em que aguisadamente possa pera elIo chamar seus parentes, e amigos: e assi deve todo esto ficar em alvidro do Julgador; ca poderá esto acontecer antre taaes pessoas, e sobre tal cousa que poderiam abastar pera o que dito he ao dito forçado dous, ou três dias, e phderá acontecer antre taaes pessoas, e sobre taaes cousas, que nom abastarom pera elio dous meses; e por tanto disserom os Sabedores, que esto deve ficar em alvidro do Julgadon como dito he.*

As Ordenações Manuelinas, Livro IV, Título 50, *pr.* e §§ 1 e 2, excluiram o que era o princípio absoluto do monopólio estatal e, pois, proibição inexcetuada da justiça de mão própria, que Afonso III formulara; e conservou o texto dinisiano e o da Ordenação Afonsina, § 8.

As Ordenações Filipinas, Livro IV, Título 58, *pr.* e §§ 1 e 2, tomaram o mesmo caminho. Lê-se no § 2:

"Outrossim não incorrerão nas ditas penas as pessoas, a que per Direito é outorgado que possam cometer força; assim como se um for forçado da posse de alguma cousa, e a quiser logo per força recobrar, podêlo-á fazer. E quanto tempo se entenderá este *logo,* ficará em

arbítrio do Julgador, que sempre considerará a qualidade da cousa, e o lugar, onde stá, e das pessoas do forçador e forçado... etc.". Os autores das Ordenações continuavam sem informe sobre a procedência não romana da justiça de mão própria.

O cometer força ou era outorgado (= pré-excluído como contrário a direito) pelo direito romano (L. 3, § 9, e L.

17, D., *de vi et de vi armata,* 43, 16), ou em virtude do texto de D. Dinis, de origem germânica.

Faltos de informes históricos precisos, alguns juristas confundiarn a defesa *ex continenti, ilico,* ou *confestiro,* e a autotutela, a que se referia o "logo" das Ordenações Filipinas, Livro IV, Título 58, § 2, e do Código Civil, art. 502, *in fine (e.g.,* Antônio Joaquim Ribas, *Da Posse e das Ações Possessórias,* 234 5.; CIo-vis Bevilacqua *Código Civil Comentado,* III, 28, que confundiu a defesa e a recuperação razão por que não compreendeu ser conceptualmente impossível o "logo" se referir à defesa). Outros mal afloravam a diferença *(e.g.,* Lafaiete Rodrigues Pereira, *Direito das Coisas,* 1, 70: "... é mais alguma coisa do que o direito de defesa: não se limita à simples repulsa da violência, mas vai além").

A justiça de mão própria formalizada segundo *b),* que Gabriel Pereira de Castro atestava ter sido de praxe, e provavelmente desde antes de D. Dinis, teve opositor em Antônio Joaquim Ribas *(Da Posse e das Ações Possessórias,* 240): "... nenhuma lei concede às nossas autoridades judiciárias ou policiais a atribuição de concederem este auxílio, sem exame do caso e a simples requerimento da parte"; e "seria temeridade que o fizessem, pois dele se poderia facilmente aproveitar o esbulhador, quer para cometer o esbulho, alegando ser o desforçado, quer para se defender contra o desforçamento, alegando ser este o esbulho contra o qual ele apenas se defende." Mas aí está, de novo, o art.

502. E não tinha razão Antônio Joaquim Ribas, ao seu tempo.

Se o esbulho se consumou, quem recobrar a coisa, pela força, faz-se justiça de mão própria. Não importa se a exerce contra o esbulhador,

seus herdeiros ou sucessores de má-fé. Aqui, à diferença do que ocorre a respeito da justiça de mão própria noutros assuntos, não é preciso que não se possa obter o auxílio previsto da justiça estatal, nem o temor da frustração. O art. 502 só exige o ser "logo": "contanto que o faça logo." "Logo" significa, em tal passo,

"imediatameste", ou "sem demora", tanto que a tardança, sem culpa, *e.g.,* porque o esbulhado ignorava o esbulho (J.

Biermann, *Sachenrecht,* 26; L. Rosenberg, *Sachenrecht,* 74; sem razão H. Kress, *Besitz und Recht,* 154), não exaure a ação possessória de recuperação; nem tampouco significa "no mesmo instante": assim, se para expulsar o esbulhador, precisava o esbulhado de homens, que só se acharianV a léguas de distância, os seus atos para os ir buscar, quiçá os armar, enchem o intervalo, — *o* tempo que se gasta para isso não se conta.

§ 1.125. Posse mediata, legítima defesa e justiça de mão própria

1.

Posse imediata e defesa própria. Sem dúvida, no direito contemporâneo, o possuidor imediato tem a legítima defesa e a justiça de mão própria, contra quem quer que seja, inclusive o possuidor mediato. Quanto à posse mediata, não há qualquer distinção, no Código Civil brasilgiro, a respeito da legitima defesa *e* da justiça de mão própria, entre a posse mediata e a imediata. O art. 486 diz que, estando com outrem a posse direta, essa não exclui a indireta; e o art.

502 fala de "possuidor turbado, ou esbulhado", sem distinção. Portanto, possuidor originário, ou derivado, imediato ou mediato. A solução do sistema jurídico brasileiro é melhor que a da letra do Código Civil alemão, no qual o § 869 diz que, se alguma força própria proibida *(verbotene Eigenrnacht)* é exercida contra o possuidor (?)", as pretensões, determinadas nos §§ 861 e 862, também assistem ao possuidor imediato, sem se falar dos §§ 859 e 860, que regulam a legítima defesa e a justiça de mão própria, em matéria de posse. Os intérpretes daí concluíram que o possuidor mediato não pode

desforçar-se. Não só é de lamentar-se a letra da lei alemã, como também a atitude da doutrina e da jurisprudência; e é de louvar-se a paridade de tratamento que o Código Civil brasileiro deu às duas espécies de posses.

2.

De lege ferenda. De lege ferenda, é desacedado eliminar-se a legítima defesa *e* a justiça de mão própria ao possuidor mediato, se a infração *do status quo* ofende a esfera jurídica da posse mediata. Se o poder fático existe e se se reconhece a esse poder fático, como fato jurídico *stricto sensu* da posse mediata (se se lhe dá entrada no mundo jurídico), a eficácia das pretensões àdefesa contra a turbação e o esbulbo, nada justificaria que se distinguissem a defesa própria e a defesa estatal se se não distinguiram a propósito da posse imediata. ~Pode a causa, a que não se exige, sequer, ser de direito, interpor-se de tal maneira entre o possuidor mediato e a coisa, a ponto de privar ao possuidor mediato de toda possível defesa própria? Se o possuidor imediato se desinteressa, ou se não tem mesmo interesse, ou se tem, o que sói ocorrer, interesse contrário, jcomo deixar-se sem a via fática o possuidor mediato turbado ou esbulhado? As vias judiciais do petitório e do possessório não lhe bastariam, inclusive a das medidas cautelares. A propósito, Paul Sokolowski *(Die Philosophie* im *Privatrecht,* II, 254 s.) conta o seguinte, que vem a talho para ilustrar o acedo da atitude do Código Civil brasileiro, contra a do Código Civil alemão. Um dos arrendatários rurais deram ao vinho das terras, sem licença do dono, possuidor mediato, licença para derrubar dois belos carvalhos, que ensombravam, com as suas copas, dois terrenos adjacentes, por entenderem nocivas ao cultivo de legumes e cereais. Para o dono das terras, os dois belos exemplares eram de grande valor e os guardas da floresta tinham cuidado especial quanto a eles. Soube o dono, a tempo, da combinação secreta; e, devido à sua vigilância e ameaça de defesa própria, foi que evitou a derrubada. j,Que importância (perguntou Paul Sokolowski) poderia ter tido, no caso, a ação petitória? Nem o direito do dono, possuidor mediato, era posto em dúvida, nem a indenização, que obtivesse, o compensaria da perda dos dois carvalhos. Tampouco as ações (judiciais) possessórias, porque a intervenção do Estado chegaria tarde.

Não é só. A posse mediata pode ser ofendida sem que o seja a posse imediata. Tal é o caso do arrendatário que só ocupa a casa para o verão, do que não tem interesse em pesca ou caça e deixa que

pesquem ou cacem nas terras arrendadas, ou do arrendatário, que é indiferente a que se retirem grades do jardim, ou plantas, ou árvores frutíferas, ou lenha. Em verdade, a atitude do Código Civil alemão reduziu a algo de fluídico, de inconsistente, a posse mediata, o que denuncia, não o não se haver libertado de velhas concepções, mas o ter deixado graduarem-se posses mediatas e posse imediata, indo, sem que se precisasse, até a *inversão,* que foi, em verdade, o que a letra do Código Civil alemão adotou. Nada justificava, nem histórica nem dogmat~camente, essa atitude do legislador de 1896, a quem se deve a mais alta codificação do século XX. A posse imediata nasceu depois; nasceu, porque havia a *causa* do poder fático: não se fez a expensas da posse mediata, mas ao lado dela, com o elemento próprio. Por outro lado, a posse mediata tem extensão que não tem a posse imediata: há inúmeros atos, ofensivos à posse, que atingem àquela sem atingirem a essa, inclusive podem partir do possuidor imediato ou de sua indiferença, negligência, ou culpa. O interesse do possuidor imediato é sempre menos profundo, suscetível de indenização satisfatória, ou substituível, posto que o mesmo aconteça a certas posses mediatas de grau inferior. Pelo menos, as posses mediatas e a posse imediata não precisam ter o mesmo conteúdo, nem no têm. O desacerto do § 869 do Código Civil alemão começou ao chamar-se

“possuidor” ao “possuidor imediato”, de modo que a qualificação ficou ao possuidor mediato; salvo se lêssemos

“possuidor” como possuidor imediato ou mediato (assim, Fischer-Henle, O. von Gierke, J. Kohler e outros), — o que se devera ter assentado na doutrina e na jurisprudência. Advirta-se, ainda, que a posse mediata tem, de regra, duração maior que a posse imediata, — razao por que os sistemas jurídicos procuram evitar que as vicissitudes da posse imediata atinjam a posse mediata. O possuidor mediato somente perde a posse se cessa o poder fático, que ele tem, se alguma impossibilidade sobreveio, ou ele mesmo se desinvestiu do poder fático. Dír-se-á que o poder fático do possuidor mediato é assaz limitado; em verdade, porém, o sistema jurídico o reconhece e o protege; não há só a possibilidade de vir ao possuidor mediato a posse direta, completando a posse (E“ + E”); o poder fático já existe, porque, na doutrina contemporânea, especialmente no Código Civil brasileiro, se abstraiu do *animus.*

3. *De lege lata. De lege lata,* o Código Civil tratou com o mesmo critério a posse mediata e a imediata. No art. 502, referiu-se a possuidor, e possuidor, aí, é assim o imediato como o mediato, *a)* O que é preciso,

para que o possuidor mediato tenha a proteção possessória, inclusive para que possa empregar a força própria, segundo o art. 502, é que a turbação ou esbulho atinja a sua posse, isto é, a posse mediata tenha, ou não, atingido a posse imediata. *b)* Se o possuidor imediato está a desforçar-se, nada impede, se os pressupostos de *a)* estão satisfeitos, que o possuidor mediato se junte a ele, ou o secunde, ou se ponha à frente dele, se não lhe fere, com isso, a posse imediata.

Capitulo IV

Pretensão à Indenização

§ 1.126. Indenização pela turbação ou esbulho (art. 503)

1. *Responsabilidade pelo ilícito.* A privação da posse pelo esbulho importa na responsabilidade, ainda sem culpa, pelo esbulhador, ou pelo sucessor universal, ou pelo *successor spolii conscius.* Idem,em se tratando de turbação.

Para isso, é preciso que tenha havido a reintegração, ou a manutenção (art. 503): "O possuidor manutenido, ou reintegrado na posse, tem direito à indenização dos prejuízos sofridos, operando-se a reintegração à custa do esbulhador, no mesmo lugar do esbulho." As Ordenações Afonsi- nas (Livro IV, Titulo 65, § *4)* estabeleciam a perda da coisa pelo forçador, que era dono da coisa, a favor do *que assi foi dela esbulhado,* ou, se não era senhor da coisa, o dever de "pagar a verdadeira estimação, a qual deve ser aplicada ao dito forçado e esbulhado." Mais (§ 5): ... *o dito forçador nom tanisoomente perca* o *dito senhorio da cousa forçada, se era senhor dei/a, ou a sua*

verdadeira

estima çom, mas ainda correga, e pague ao forçado todalas perdas, e dam nos, que na dita força, ou por a causa de/la, receber em qualquer maneira que seja. E óbvio que só se entendia isso a respeito da "força verdadeira", *e* não a respeito da incursão de boa-fé e sem vicio. As ordenações Manue linas (Livro IV, Titulo 50, *pr.* e § 1) reproduziram-no; bem assim, as Ordenações Filipinas (Livro IV, Título 58, *pr.* e § 1). A indeni- zação nada tem com os arts. 159 e 160: é ainda se sem culpa o dano, posto que, às mais das vezes, o esbulho e a turbação sejam culposos. *(Aliter,* no direito alemão, em que a indenização só se pode pedir com invocação do § 823, a que corresponde o art. 159.) No Código Civil, não há mais a pena da perda da coisa, e tratou-se, englobadamente, da manutenção e da reintegração. A inserção da condenação na sentença de manutenção, ou de reintegração, é

pressuposto necessário da indenização sem culpa; por isso mesmo, se precedeu a sentença, que manutenia, ou reintegrou, ainda pode ser pedida a indenização sem culpa.

2.

Ações cumuladas de esbulho ou de turbação e de indenização. A ação do art. 503 de regra é cumulada com a de esbulho, ou turbação, porque a reintegração ou a manutenção é pressuposto da incidência da regra jurídica, — razão por que não se confunde com a ação pelo dano à posse (art. 159), que se funda na culpa— e é exercivel contra o esbulhador, ou turbador, ou contra o sucessor universal (L. 1, § 48, D., *de vi et vi armata,* 43, 16: *Ex causa huius interdicti in heredem et bonorum possessorem ceteros que successores in factum actio competit in id quod ad eos pervenit,* onde *ceteros que successores* é interpolação; Manuel Mendes de Castro, *Practica Lusitana,* II, 241; Antônio Cardoso do Amaral, *Summa seu Praxis ludicum,* verbo *Interdictum* nº 24; Manuel Gonçalves da Silva, *Commentaria,* II, 10), ou contra o sucessor, ou terceiro, que conhecia a turbação ou esbulho (regra jurídica canônica, diferente o direito romano; cf. Manuel Mendes de Castro, *Practica Lusitan ,4ªi,* II, 241: *Adversus tertium possessorem, tamen hoc interdictum non datur nec* non *alium ullum remedium proditum fuisse iure civili constat, sed iure canonico adversus illum, qui a praedone rem tenet, quasi in istum emptorem trans/atum esset vitium possessionis violentiae;* Manuel Gonçalves da Silva, *Commentaria,* II, 9 e 10: *... de caetero scienter rem talem receperit, qum spolicitori quasi succedat in vitium..., contra possessorem huiusmodi spoliato per restitutionis beneficium succurratur).*

Se transitou em julgado a sentença, que manuteve, ou reintegrou, pode ser proposta a ação de indenização, fundada no art. 503. A legitimação passiva é a mesma.

§ 1.127. Indenização pela culpa (arts. 159 e 160)

1.

Responsabilidade fundada na culpa. A indenização sem culpa depende de ter havido o dano, causado pelo turbador, ou pelo esbulhador, e inserir-se na sentença ou vir em conseqüência da sentença que

manuteniu ou reintegrou. A indenização pela culpa, que não tem a procedência histórica da indenização segundo o art. 503, é pela culpa aquiliana e somente prescreve em vinte anos (art. 177, 1ª parte).

2.

Eficácia da sentença sobre não ter havido culpa. A sentença sobre não ter havido culpa não obsta à condenação segundo o art. 503; nem a sentença sobre não ser manutenível ou reintegrável a posse, embora tenha havido turbação ou esbulho, não obsta à condenação segundo o art. 159.

§ 1.128. Possuidor responsável

1.

Código Civil, art. .503 e arts. 510-519. No direito brasileiro, há a indenização do que foi esbulhado, ou turbado, se reintegrado, ou manutenido, e a indenização do possuidor a outrem sem ter havido esbulho ou turbação, ou ao dono da coisa. No art. 503, regula-se aquela, que supõe o ato de turbação ou do esbulho, com a eficácia da sentença; nos arts. 510-519, atenua-se a responsabilidade dos possuidores de boa-fé. Em verdade, o regime é o dos arts. 510-519, exceto se houve esbulho ou turbação (portanto, má-fé *inicial),* porque então se trata, simplesmente, de indenizar "prejuízo sofrido" (arts. 503 e 159).

As fontes romanas falam de *impensae, expensae, impendium, impendia, sumptus,* que Fabricius preferia como a mais técnica *(De Impensis,* 1). A diferença entre *impensce* e *expensae* estava em serem despesas na coisa ou com a coisa; mas seria ilusório esperar-se que o emprego dos termos fosse com todo o rigor e precisão, porém 1 Garsia *(Tractatus de Expensis et Meliorationibus,* 8) dizia só se usar *expensae.* Benfeitorias custam, ou em numerário, ou em serviços, porém benfeitorias são o que fica das *impensae* e, até, das *expensae.* Não se pode dizer, simplistamente, que benfeitorias são despesas, e construções não no são. Tratamento do gado são despesas; não são benfeitorias. Há despesas necessárias e despesas úteis, como despesas voluptuárias; porém a elas não correspondem, sempre, benfeito -

rias necessárias, úteis ou voluntárias. No art. 513, *in fine,* cogita-se de despesas, não de benfeitorias. As plantações e mais atividades para produção no que acederam passam a pertencer a quem é dono; o possuidor que restitui a coisa, tem pretensão às despesas. No mais, é preciso que o *novum* haja ficado, benfazendo a coisa possuída. A respeito daquelas entendem alguns que tem o possuidor de ser tratado como o gestor de negócios alheios, sem ser necessário qualquer *animus neqotia aliena gerendi,* nem, sequer, consciência de gerir negócio alheio (cp. E. von Monroy, *Die vol/machtlose Ausúbung fremder Vermdgensrech te,* 88, e Max E. Morgenroth, *Der Anspruch des Besitzers wegen Verwendungen,* 42). Procuraram outros fundar a ação pelas despesas em *condictio sine causa* (enriquecimento injustificado), mas alegou-se (assim, H. Witte, *Die Bereicherungsklagen des gemeinen* Rechts, 1 s.), L. Jacoby (Der Begriff der Bereicherung, *Jahrbocher fOr die Dogmatik,* IV, 193), que faltava o *negotium nuílum,* o que é de repelir-se, pois nerrlt todo enriquecimento injustificado se funda em *negotium.* No sentido da ação de enriquecimento injustificado, Lafaiete Rodrigues Pereira *(Direito das Coisas,* 1, 226), H.

Siber *(Der Rechtszwang,* 198), R. von

Mayr *(Der Bereicherungsanspruch,* 624), A. Stieve *(Der Gegenstand der Bereicherungsanspruchs,* 22) e Max E.

Morgenroth *(Der Anspruch des Besitzers wegen Verwendunqen,* 45-48y. As despesas necessárias são necessárias sem qualquer ligação ao enriquecimento injustificado *(cf.* L. von Petrazycki, *Die Lehre vom Einkommen,* 1, 302 s.), se bem que evitar empobrecimento enriquecimento seja.

O possuidor de má-fé tem direito à indenização das benfeitorias necessárias, tais como existem, objetivamente, no momento. Não é bem a ação de enriquecimento injustificado, pois a benfeitoria necessária pode existir *e* não constituir enriquecimento (cf. C. Ledermann, *1A/orin unterscheiden sich die Vorschriften des BGB. von den Vorschriften des* corpus iuris civilis, 51).

Quanto às despesas úteis, só o possuidor de boa-fé há pretensão à indenização.

Os arts. 510-519 só se referem ao possuidor que restitui. Os arts. 545-549 a cjuaisquer outras espécies, que não sejam as previstas nos arts. 510-519. Essa a razão para ser sem pertinência a discussão entre ser benfeitoria a construção ou a plantação ou não no ser A respeito

da plantação, a pretensão *ex* art. 513, *in une* ("tem direito, porém, às despesas da produção e custeio"), não se funda no enriquecimento, nem no que resta, e sim no que foi despendido, *dentro do que* o *possuidor restitui.*

Não devemos reduzir benfeitorias a *améliorations,* nem a *Meliorationen* (Prússia). Mais corresponde o termo a *Verbesserungen* ou a *Aufwand* (Áustria). As "meliorationes" compreendiam mais que despesas, *expensae;* razão para o titulo do livro de J.Garsia, em 1589: *Tractatus de Expensis et Meliorationibus.*

O art. 519 dá ao reivindicante ou ao vindicante da posse o direito de optar, a fim de que se assegure a exatidão das *impensae in rem* (despesas insitas no capital). O art. 519 não se refere àindenização segundo o art. 513, in *fine,* que tem de caber na responsabilidade pelos frutos colhidos e percebidos e é prestada pelo possuidor *(impensae in fructus).*

O possuidor, tendo em vista a produção, pode ter feito *impensae in fructus* e *impensae in rem* (cf. L. von Petrazycki, *Die Lehre vom Einkommen,* 1, 155), de modo que se tenham a essas como sujeitas às regras jurídicas dos arts. 516-519. O possuidor de má-fé, esse, devido ao art. 517, 1ª parte, somente pode exigir, quanto às benfeitorias úteis, o que caiba no art. 513, *in fine.*

2. *Ato ilícito e posse.* 1. Se o possuidor se procurou a posse por ato ilicito, como se o ato é crime ou ato de autoridade própria proibida, a responsabilidade é segundo o art. 503. Assim, o esbulhador, ou turbador *(aliter,* o que, sem estar no caso do art. 502, se desforçou), responde sem culpa e tem de ressarcir todos os proveitos que o reintegrado ou esbulhado, ou o reivindicante, teria percebido se não se houvesse intrometido o possuidor por ato ilícito, inclusive o desforço próprio não autorizado pelo art. 502, e todo o proveito que ele teve e o proprietário não teria tido *(e.g.,* se o proprietário não sublocava quartos e o possuidor sublocou; se o reintegrado não alugava bois ou cavalos, e os alugou o réu na ação de esbulho, Th. Kipp, em B. Windscheid, *Lehrbuch,* 1, 9ª ed., 993; M. Wolff, *Lehrbuch,* III, 27ª-32ª ed., 285; contra, sem razão, E. Brodmann, em G. Planck, *Kommentar,* III, Q ed., 498).

A responsabilidade do art. 503 é por ato ilícito *stricto sensu,* sem culpa;

não se exige má-fé, nem culpa. Responde o que se cria proprietário e se procurou a posse por violência, ou por ato de autoridade própria proibida. (No caso de justiça de mão própria, que cabia, a responsabilidade pelo excesso é segundo o art. 159, e não segundo o art. 503. Se houve justiça de mão própria incabível, a ação do possuidor, contra quem foi ela, é firmada no art. 159, salvo se vai com a ação de manutenção ou de esbulho e vence.)

3. *Papel dos arts.* 5 10-519 *do Código Civil.* II. Se não existissem as regras jurídicas dos arts. 510-519, a indenização ao titular seria sem culpa (art. 503), ou por culpa leve (art. 159), abstraindo-se, portanto, da boa-fé. Não seria justo. O

possuidor de boa-fé há de poder exercer os seus direitos te possuidor, que o é, sem se expor a ter de indenizar. Haveria contradição em se haver o instituto da posse e não se estabelecer situação jurídica favorável ao possuidor de boa-fé. A negligência dele, a imprudência, ou a desvalorização intencional da coisa teria sido contra si mesmo; se a coisa era de outro, e não no sabia, não se pode, portanto, exprobrar-lhe o ter lesado a outrem. No direito romano, Ulpiano (L. 31, §

3, D., *de hereditatis petitione,* 5, 3) distinguia o possuidor de boa-fé, *quic quasi suam rem neglexit,* e o possuidor de má-fé, que haveria de responder pela culpa leve: *.Sicut ... sumptum quem fecit deducit, ita si facere debuit nec fecit, culpae huius reddat rationem.*

Quanto aos *frutos,* o possuidor de boa-fé responde pelos frutos colhidos por antecipação (art. 511, 2ª parte) e pelos pendentes ao tempo de cessar a boa-fé, reduzidas as despesas de produção e custeio (art. 511, 1ª parte). O possuidor de má-fé responde pelos frutos colhidos e percebidos e pelos que, por culpa sua (inclusive negligência), deixou de perceber, desde o momento em que se constituiu de má-fé, com o direito às despesas de produção e custeio (art. 513).

Quanto à *perda ou deterioração da coisa,* o de boa-fé somente responde pela que foi causada por ele (art. 514); o de má-fé, qualquer que seja a causa, „salvo se provar que do mesmo modo se teriam dado, estando ela na posse do reivindicante." (art. 515). Quanto às *benfeitorias,* ao possuidor de má-fé só se ressarcem as necessárias, sem direito de retenção, nem o *ius tollendi* das voluptuárias (art. 517), e ao de boa-fé as necessárias e as úteis, com o *ius tollendi* das voluptuárias, se não forem pagas (art. 516), ou as quiser.

4.

Possuidor de boa-fé e benfeitorias. O art. 516 é assaz rico de conteúdo. Na 1ª parte, estabelece, quanto à indenização das benfeitorias necessárias e úteis e ao *ius toliendi* das voluptuárias: "O possuidor de boa-fé tem direito à indenização das benfeitorias necessárias e úteis, bem como, quanto às voluptuárias, se lhe não forem pagas, a levantá-

las, quando o puder sem detrimento da coisa. Na 2ª parte, cogitou do direito de retenção em caso de benfeitorias necessárias e úteis: "Pelo valor das benfeitorias necessárias e úteis, poderá exercer o direito de retenção." *(a)* As Ordenações Filipinas (Livro III, Título 86, § 5), tratando de bens que hão de ser restituidos, dizia: "...

quando o comprador dos ditos bens tiver feitas benfeitorias, ser-lhe-ão pagas por aquele, a que se os bens tornam, compensando todavia em tal caso as novidades, que tiver recebidas; porque, posto que acima digamos que lhe não sejam descontadas as novidades, e que as pague o que fez vender os bens, segundo a parte, em que a sentença for revogada, havemos por bem que onde houve benfeitorias se faça compensação. E o que os ditos bens fez vender, ficará livre da parte, que montar nas novidades, que se compensarem com as benfeitorias." No Livro IV, Titulo 48, §

7: "... quando o comprador cobrar algumas benfeitorias necessárias, ou proveitosas, que fez na coisa comprada, no tempo em que esteve em posse dela, será obrigado compensar os frutos, que houve delas em todo caso, ainda que os recebesse antes da lide contestada."

(b) O *ius toliendi* cabe ao possuidor de boa-fé, quando se possa exercer sem detrimento da coisa a que se juntou outra, aí chamada benfeitoria voluptuária. A ligação tornara a coisa aderida parte essencial da coisa, donde dizer-se benfeitoria. Não se pensou em pertença, porque essa tem laço, que se desdá, por inessencialidade da ligação. Tem tal direito de levantamento de pertenças o próprio possuidor de má-fé; uma vez que o art. 517 só lhe nega o de levantar benfeitorias voluptuárias. Na espécie do art. 516, se não foram autorizadas, o possuidor de boa-fé é que pode escolher entre levantá-las, ou pedir a indenização, se Ibo oferece aquele a quem torna a coisa; se o foram, ou se, por outra razão, tem ele direito à indenização, cabe-lhe a escolha. O direito de tolher ou toler (= tirar, Joaquim de Santa Rosa de Viterbo, *Elucidá rio,* li, 255) é pessoal, mas pode-se exercer contra a massa concursal do proprietário e contra o direito real dos credores

hipotecários (3. Biermann, *Sachenrecht,* 286; sem razão, G. Planck, *Kommentar,* III, *1-2,* 4ª ed., 505), se ainda em posse o titular do direito ao levantamento. O direito de tirar a pertença é real. Se a benfeitoria voluptuária foi com objeto pedencente a outrem não volta, com o tolher, à propriedade do terceiro: esse apenas tem a ação contra o que fez, com coisa alheia, a benfeitoria, invocando o art. 546 ou os arts. 548"e 549, ou, então, o art. 615,

§ 2ª, ou o art. 616 (1. Mãnner, *Sachenrecht,* 236, nota 72; 3. Biermann, .Sachenrecht, 286 5.; G. Planck, *Rommentar* III, 508; sem razão, H. Tobias, Eigentumserwerb durch Verbindung, *Archiu fúr die civilistische Praxis,* 94; L. Ruge, *Das Wegnahmerecht,* 93). O art. 516, 1ª parte, no tocante ao *jus toliendi* nenhuma incidência tem se houve estabelecimento de cófriunhão *pro indiviso* (art. 615, § 1); G. Planck, *Kommentar,* III, 505; 3. Biermann, .*Sachenrecht,* 287; sem razão, H. Tobias, *Archiu,* 94, 449, nota 123). O art. 516, 1ª parte, quanto ao *ius tollendi,* incide quanto às árvores e plantas (O. Warneyer, *Kommentar,* II, 207), se, com as arrancar, ou desenterrar, ou mudar, não há detrimento do terreno, ou do edifício. Se a benfeitoria, em qualquer dessas espécies, era ou se tornou útil, então cabe ao proprietário indenizar, ou sofrer que se arranque ou retire, se nisso tem interesse o possuidor de boa-fé. Naturalmente, quem tem o *ius toliendi* é o possuidor imediato; se a benfeitoria foi feita pelo possuidor imediato e a coisa já foi entregue ao proprietário, somente tem o que a fez a ação para constranger o proprietário a deixar-lhe levantar as ben feitorias (K. Mãnner, .*Sachenrecht,* 236, nota 72; E. Strohal Der Sachbesitz, *Jherings Jahrhúcher,* 38, 43).

O *ius toliendi* não existe se, para o exercer, tivesse o possuidor de boa-fé de ofender a coisa, de modo considerável. Para que nasça o direito ao levantamento é preciso que o levantar possa ser "sem detrimento da coisa." O

terreno, edifício, ou coisa móvel, há de ficar incólume, ou de fácil reparação, que o possuidor levantante há de fazer por sua conta. Celso (L. 38, D., *de rei vindicatione, 6,* 1) falava de *toflere ex his rebus,* quae possis, *dum ita, ne deterior sit fundus, quam si initio non foret aedificatum* (retirar aquela coisa, que possas, desde que não fique o fundo mais deteriorado do que se não houvesse sido, de início, edificado).

5.

~Ação ou só exceção por direito à indenização? O possuidor, que tem direito de retenção, somente tem *exceptio,* ou tem *exceptio* e *actio?* Não tem ação, respondia o direito romano. O glosador Martinus, que foi apoiado por Azão, sustentou a existência da ação, a despeito dos textos da L. 48, D., *de rei vindicatione,* 6, 1, da L. 33, D., *de condictione indebeti,* 12, 6, da L. 14, § 1, D., *communi dividundo,* 10, 3, e da L. 14, D., *de doU mali et metus exceptione,* 44, 4. Cujácio *(Observationum et emendationum libri, X,* cap. IV) entendia que, se o possuidor houvesse restituído a coisa, erradamente, podia pedi-la de volta. Negaram qualquer *actio 3.* Garsia *(Tractatus de Expensis et Meliorationibus,* cap. VII, nº 1-5), A. Brinz *(Lehrbuch,* II, 2ª art , 647), Chr. E Glück *(Ausfuhrliche Erlàuterung der Pandekten* VIII, 310), j. Kohler *(Die Menschenl-iúlfe im Privatrecht,* 96 s.), A. Langfeld *(Die Lehre vom Retentionsrecht,* 37, nota 22), B. W. Leist *(Das erlaubte ungerufene Eingreifen,* 42), E. von Monroy *(Die vollmacl-*

,tlose Ausúbung fremder Vermõgensrech te, 186), A. Pernice *(Labeo,* II, *1,* 2ª ed., 256), M. Voigt *(Uber* die condictiones, 388 s.) e H. Witte *(Die Bereicherungsklagen,* 2)

Pela existência de ação de prestação de despesas E. Pfersche *(Die Bereicherungskíagen* 84 s.), E. Zimmermann *(Achte und unâchte* Negotiorum Gestio, 83-95) e E. Chn Westphal *(Svstem* 343 s.).

No Código Civil alemão, o § 1.001 parece não admitir a ação, pois que lá se diz que o possuidor somente pode exercer a pretensão às despesas se o proprietário recupera a posse da coisa ou aprova as despesas. Poder-se-ia construir a espécie como inexistência da pretensão ao ressarcimento das despesas até que haja o recebimento da coisa ou a aprovação das contas (E Steinbach, *Die Ansprúche wegen Verwendungen,* 25; cf. Max E. Morgenroth, *Der Anspruch des Besitzers wegen Verwendungen,* 93 s.), ou como inexistência da ação, ou suspensão da exercitabilidade da pretensão (cf. G. Planck, *Kornrnentar,* 111, 4ª ed., 512 s.; Heini Doehle, *Der Verwendungsanspruch des Besitzers,* 71

s.). Há o direito, não a pretensão, razão por que não se pode iniciar prescrição. A cessão, que haja, é de direito, não de pretensão.

No sistema jurídico brasileiro, o art. 513, in *fine,* diz que o possuidor de má-fé há direito às despesas de produção e custeio. Direito, não pretensão. A pretensão nasce quando ele entrega a coisa, ou tem de entregá-la.

Quanto à indenização de despesas a que tem direito o possuidor de boa-fé, é indenização do que beneficiou a coisa possuída, como a plantação que serve à produção por mais de ano e que ainda vai servir no ano seguinte à entrega, ou nos anos seguintes. Aí beneficio houve.

O possuidor, que sabe que lhe vai ser retirada a posse, pode pedir a declaração da relação jurídica entre ele e o titular do direito à posse da coisa. As medidas cautelares, como as vistorias, podem ser praticadas.

Capítulo V

Posse e Frutos da Coisa

§ 1.129. Frutos da coisa possuída

1.

Problema técnico da distribuição dos frutos. Se a aquisição dos frutos tocaria a alguém, que não tem a posse da coisa ao tempo da aquisição, levanta-se o problema de se saber como se distribuem os frutos. Trata-se de responder a quem cabem os frutos naturais e os frutos civis (= as pretensões dirigidas às prestações por outrem, *e.g.,* o crédito de aluguéis). O momento da separação dos frutos é assaz impodante: o possuidor de boa-fé adquire os frutos naturais que separa (arts. 510, 511, 1 parte, e 512); o de má-fé não os adquire. O art. 512 apagou a distinção entre separação e percepção, ao mesmo tempo que, indiretamente (art. 510), fez coincidirem aquisição e separação: "Os frutos naturais e industriais reputam-se colhidos e percebidos, logo que são separados. Os civis reputam-se percebidos dia por dia." Os arts. 510-513 supõem posse e discussão sobre os frutos, no plano da aquisição deles. Não se hão de invocar para as espécies em que há, entre proprietário e alguém, ou entre o que tem o *fructus* e outrem, relação jurídica de direito das coisas, ou das obrigações, ou de família, ou de sucessões, ou de direito público. Se relação jurídica, que existe, é de tal natureza, a distribuição dos frutos é segundo o título. Exatamente, nos arts. 510-513, *o título* é *irrelevante.* O art. 966 estendeu tais regras jurídicas à repetição por enriquecimento injustificado: "Aos frutos, acessões, benfeitorias e deteriorações sobrevindas à coisa dada em pagamento indevido, aplica-se o disposto nos arts.

510 a 519." Não há, pois, confundirem-se a distribuição dos frutos, em caso de restituição ou repetição, e a distribuição, em caso de dois títulos, na dimensão do tempo. A restituição dirige-se à entrega da coisa *cum* omni *causa,* isto é, com os proveitos que se *devem* devolver, e os danos que se *hão* de indenizar. Regras jurídicas foram criadas, historicamente, e são de mister, para se saber o que se *deve* e o que se *há* de indenizar. Os arts. 510-513

provêem a isso. Se tais regras jurídicas especiais não existissem, todos os proveitos da coisa teriam de ser restituidos: reivindicar seria vindicar a coisa e todos os proveitos, em implacável incidência das

regras jurídicas sobre propriedade; repetir, por injustificado enriquecimento, seria pedir coisa e proveitos, sem nenhuma atenção à boa-fé do enriquecido.

É de ver-se a injustiça de tal dever de entrega, por parte do possuidor de boa-fé. O tratamento do possuidor de boa-fé e o do possuidor de má-fé não poderiam ser o mesmo; nem sem consideração da posse a tutela jurídica da propriedade.

Dois interesses estão em causa, o da posse e o da propriedade. Por outro lado, o que, sem ter direito à posse, a adquiriu de má-fé (= conhecendo a sua falta de direito, ou desconhecendo-a por culpa sua), ou, depois, veio a saber não ter direito a ela, não poderia ser tratado como o que desconhecia não ter direito, sem culpa de o desconhecer, e não veio a conhecê-lo. A culpaiem desconhecer depois não prejudica o possuidor; o desconhecimento posterior, ainda culposo, não se equipara a conhecimento. Frente ao possuidor de má-fé, o proprietário exerce a sua pretensão livremente; e o possuidor de má-fé sofre-a sem tutela contra a restituição (art. 513, 1ª parte: "O possuidor de má-fé responde por todo.s os frutos colhidos e percebidos, bem como pelos que, por culpa a sua, deixou de perceber, desde o momento em que se constituiu de má-fé"). A regra jurídica do art. 513, 1ª parte, explicitamente se refere à má-fé superveniente; pode dar-se também que sobrevenha a boa-fé. Então, desde esse momento, não há má-fé, e o que, antes era possuidor de má-fé não no é mais, — é *bonae fidei possessor.* Se A tomou em locação o prédio de B, que não o podia dar em locação *(e.g.,* E era menor), sabendo disso, é possuidor de má-fé, e tem de entregar a B os frutos que colheu, os aluguéis que recebeu em sublocação e o que corresponda ao resto do prédio. Se somente depois soube que 8 não podia alugar, a sua má-fé começa desse momento e, pois, há de restituir conforme o art. 513, 1ª parte.

O art. 513, 1ª parte, fala de frutos, *fructus percepti* e *fructus neglecti (verbis* "pelos que, por culpa sua, deixou de perceber"). Pergunta-se: jesponde também pelos proveitos do uso, e.g., por ter habitado a casa? No direito alemão, a resposta afirmativa é indiscutível, porque o § 990 (§§ 987 e 989) falou de proveitos *(Nutzungen,* cf. § 100), e não de frutos. No direito brasileiro, a resposta há de ser a mesma: o que o locatário poderia ter percebido, se tivesse locado a casa, é de restituir-se. O conceito de fruto não se dilata; apenas se atende a que o que *percipere poterat* é de se restituir Os frutos civis, se consistem em prestações periódicas, dividem-se em proporção à duração do direito, mas a lei estabelece, *dispositivamente,* que se percebem "dia por dia" (art. 512, 2ª parte).

Os encargos periódicos, fiscais ou outros, que recairam sobre o bem, distribuem-se como os frutos; os nãoperiódicos, concernem objetivamente, aos frutos a que se referem.

No sistema jurídico do Código Civil, rege o *princípio da separação,* e não o da produção; razão por que o possuidor de boa-fé tem de entregar os frutos pendentes que correspondem ao que semeou ou plantou.

Os arts. 510-513 regularam o direito e o dever do possuidor quanto aos frutos, de modo que: ou se reivindique, ou se vindique a posse *(aliter,* se se reintegra a posse), o que possuia tem os direitos e os deveres que os arts. 510-513 lhe dão, no tocante a frutos. E preciso, para que sejam invocáveis os arts. 510-513. que o réu *possua* imediata ou mediatamente. Não incidem os arts. 510-513 se o sujeito passivo é simples tenedor, ainda quando seja servidor da posse (C. Eaumgãrtel, *Die VerpJlichtung des Besitzers zur Herausgabe und zum Ersatze von Frúchten,* 7). Os frutos a que se referem os arts. 510-513 são os frutos naturais e os civis (cf. art. 512) e o que se tira da coisa, extrativamente (pedras, areia, madeira), são frutos (cf. C. Kronberger, *Die Ansprúche des Eingentúmers,* 8), se não atingiu o valor da coisa, de jeito a não se poder pensar em *fructus.* O *malae lidei possessor* responde segundo o ari. 513, objetivamente (= ainda sem culpa), pelos frutos colhidos e percebidos; e, se houve culpa em não perceber, pelos que deixou de perceber. Nenhuma influência deriva de já ter havido, ou não, litispendência (O. Kãhler, *OrO nde und Umfang* der *HaJtung des bósglàubigen Besitzers,* 78 s.).

2.

Entrega dos frutos e prestação do *valor deles.* O dever do possuidor, seja o de má-fé (ari. 513, *1ª* parte), seja o de boa-fé (art. 511), é o de "entrega" dos frutos naturais ou civis, salvo se consumidos, ou não percebidos por culpa do possuidor, ou consistentes em uso da coisa pelo possuidor, porque, então, o que se há de prestar é o *valor.* Sempre que se trata de entrega de frutos naturais separados e existentes, a pretensão do que pede a restituição é pretensão *real:* o possuidor não adquiriu a propriedade deles. Se os consumiu, restitui o valor e presta as perdas e danos resultantes de ter consumido coisa alheia (arts. 514, 515 e 159). Se usou a coisa, a pretensão é pessoal, para se haver o valor do uso.

Se se trata de frutos civis, também é pessoal a pretensão.

3.

Mora *do possuidor* de *má-fé.* Se o possuidor de má-fé incorre em mora, a sua responsabilidade agrava-se: quanto aos *fructus neglecti,* só responderia se os deixou de perceber por culpa sua (art. 513, 1ª parte, in une); se incorre em mora, o ônus da prova inverte-se, e responde pela impossibilidade da prestação, ainda se resulta caso fortuito, ou força maior, salvo se prova que não teve culpa, ou que o dano sobreviria ainda que não tivesse incorrido em mora (art.

957), ou, se há dano resultante da mora, pela indenização (art. 956), inclusive se se trata de lucro que o proprietário poderia ter obtido e o possuidor deixou de obter sem culpa. Se houve incêndio, a mora leva à incidência do art. 956, e não do art. 515.

4.

Possuidor a que cessa a boa-fé. O possuidor de boa-fé responde como o de má-fé, se a boa-fé cessou: é, *ex* nunc, possuidor de má-fé. Não tem a aquisição dos frutos; há de restitui-los, prestar o valor dos que haja deixado de perceber por culpa sua e dos que consumiu. A litispendência estabelece-se com a citação e essa produz o efeito de constituir em mora o devedor (Código de Processo Civil, art. 219, 4ª parte); porém nem a citação, nem o seu efeito (litispendência, mora) cria, necessariamente, a má-fé. Pode haver má-fé sem litispendência, ou sem mora; pode haver mora ou litispendência e haver boa-fé. Daí resulta que o possuidor de boa-fé continua de fazer seus os frutos, apesar da mora, se a sua boa-fé não cessou. Por isso mesmo, quanto aos frutos que perceba depois da citação, são seus; só os terá de entregar em virtude da obrigação de prestar o valor deles. Diferente o que ocorreria ao possuidor de má-fé: os frutos que percebeu *antes* e *depois* da litispendência são do dono da coisa, que os pode reivindicar.

Se o possuidor de boa-fé ainda não incorreu em mora, os proveitos da coisa antes da mora são seus, sem qualquer indenização, posto que, na espécie do art. 968, parágrafo único, v *erbis* “se alheou por título gratuito”, fique exposto à repetição, conforme as regras do enriquecimento injustificado. Não tem de entregar frutos separados e não consumidos até o momento da citação. Os frutos excessivos, esses, hão de ser entregues em virtude dos princípios que regem o

enriquecimento sem causa.

5.

Tomada da posse por ato *ilícito.* Cumpre, ainda, observar-se que, mais especial ainda que as regras jurídicas sobre a responsabilidade do possuidor de má-fé, é a regra juridica sobre a responsabilidade do que tomou posse por ato ilícito (arts. 503 e 504), ou por ato *culposo* de justiça de mão própria, não permitido (arts. 159 e 160). A responsabilidade, nas espécies dos arts. 503 e 504, éainda se sem culpa; na espécie da justiça de mão própria não permitida é somente se há culpa. Assim, a) o que tomou posse da herança em virtude de testamento, que foi, depois, anulado, ou cuja nulidade escapou ao cumpra-se, responde por culpa, e não conforme os arts. 503 e 504 (cf. R.

Schmidt, *Die Gesetzeskonkurrenz,* 174 5.; contra, E Lent, *Die* Gesetzeskonkurrenz, 263); ou *b)* idem, o que ignorava a loucura ou incapacidade por idade de outrem. Fora a distinção, aí esclarecida, quanto à culpa, o que se há de ressarcir é o proveito que o dono teria percebido se se não tivesse interposto a posse de outrem e o que, sem que o dono pudesse perceber, ou fosse de imaginar-se que pudesse, o possuidor obteve (cf. Th. Kipp, em E. Windscheid, Lehrbuch, 1, 9ª

ed., 993; sem razão, E. Brodrnann, em G. Planck, *Komrnentar,* LII, *1- 2,* „1ª ed., 498).

O possuidor pode ser o de que cogita o art. 486 (possuidor imediato ou direto); havendo possuidor imediato, dito possuidor intermêdio, então a sua responsabilidade não é mais grave que a do possuidor mediato ou indireto. Assim, se estava de má-fé e houve a coisa de possuidor de boa-fé, faz seus os frutos percebidos como se fosse o possuidor mediato, *ex* hypothesi de boa-fê. O sistema juridico tem de assim resolver, primeiro, porque, se tal não se desse, o possuidor mediato, de boa-fé, teria, em certos casos, de sofrer a pretensão regressiva do possuidor imediato, e conforme os princípios da evicção (arts. 1.107-1.117), segundo, porque a posse do possuidor imediato se funda na posse do possuidor mediato. Depois da Independência, isto é, da mora do possuidor mediato e dele, o possuidor imediato, de boa-fé, responde ao dono da coisa como responderia ao possuidor mediato (cf. arts. 956 e 963).

6.

Frutos pendentes co tempo em qud cessa a boa-fé. Os frutos pendentes ao tempo em que cessa a boa-fé hão de ser restituidos, depois de deduzidas as despesas da produção e custeio (art. 511, V parte). Noutros termos: o que faz seus os frutos deve reembolsar a quem fez despesas para a produção e colheita (Código Civil italiano, art. 821, alinca 2ª: *Chi fa* propi 1 *frutti deve, nei limiti dei loro valore,* rimborsare *colvi che* abbia fotto *spese per lo produzione e ii raccolto)*. São duas regras juridicas diferentes: a que dá a pretensão e a ação para a restituição dos frutos e a que dá a pretensão e a ação para reembolso das despesas (art. 511, V parte: "Os frutos pendentes ao tempo em que cessar a boa-fé devem ser restituidos, depois de deduzidas as despesas da produção e custeio"). Supõem-se o direito (aquisição dos frutos), a pretensão e a ação para os pedir, *mas* expõe-se a eficácia de tal direito, preLensão e ação à *exceção* do que fez despesas com a produção e custeio. A regra jurídica do art. 511, P parte, in fine, dá direito ês despesas, pretensão e ação para as haver, direito de retenção dos frutos pendentes e exceção ao que os pede. O possuidor de boa-fé enfrenta o proprietário (aliás, também o de má-fé, na espécie do art. 513). Assim, os textos romanos que se referiam a frutos, deduzidas as despesas, como a L. 46, D., *de usu ris et* fructibus, 22, 1, não davam conceito de frutos que fosse „frutos meros despesas"; apenas enunciavam que o devedor dos frutos tinha direito ao reembolso. A máxima **Fructus nnn fntelleguntur* nisi *deductis irnpensis* abreviou: o que tem direito sobre os fritos (= o que os fez seus) tem de reembolsar as despesas. Erro tirar-se das regras juridicas sobre restituição e repetição conceito que apenas servira à sua formulação.

O título da aquisição é irrelevante. O que importa é a posse. Só o possuidor de boa-fé tem a aquisiçáo (art. 51ª

reembolso, sim, compete ao possuidor de boa-fé (art. 511, V parte, *in fine) e* ao de má—fé (art. 513, *in* fine).

As les civis não soem dizer, mas é regra jurídica contida no sistema, que o reembolso não pode exceder os frutos: se o possuidor houvesse adquirido os frutos não se teria, com eles, compensado das despesas.

7. Código Civil, czrts. 510-5 19. O possuidor de boa-fé tem direito aos frutos percebidos enquanto ela durar, diz o art.

510. Para que se possa irwocar o art. 510, é preciso que tenha ele de

restituir a coisa (= perder a posse), pela prevalência do lus *pnssidendi* de outrem. A propositura da ação possessória, não se estabelece, necessariamente, a sua má-fé (= cessa a sua boa-fé). Há, quanto à supervenléncia da má-fé, questão de fato, que se tem de resolver. A responsabilidade pelos frutos que se perceberem após a citação Lem outro fundamento, que é o de ter sido exercida —

nesse momento — a pretensão à prestação jurisdicional, o de que antes já se cogitou, evitando-se equivocas (§ 1.078, 5

e 6). Assim tanto cai em apriorismo descabido quem afirma a necessária incursão em má-fé a partir da citação (1ª

Turma do Supremo Tribunal Federal, a 15 de dezembro de 1947, *DJ,* de 1ª de outubro de 1949, 3.166; Q Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 23 de julho de 1942, *RT* 140/577) como quem afirma que tal se dê a partir da contestação (2ª Câmara do Tribunal de Apelação do Paraná, 17 de setembro de 1946, *RI* 44/226).

A 3ª Cãmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 4 de novembro de 1932 *(RT* 86/146), para aplicar o art. 510, lançou que toda posse injusta é de má-fé. Tal correspondência necessária é de repelir-se, porque levaria a injustiças. A posse justa (= não-violenta, não-clandestina, não-precária, não-autotransformada) pode ser de má-fé.

Quem exige entrega de frutos, real ou obrigacionalmente, segundo a distinção que se fez no § 1.078, 5 e 6, ao possuidor tem de alegar e provar que foram percebidos ou que, por culpa sua, os deixou de perceber o réu (art. 513; 3ª

Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 10 de março de 1933, *RT* 86/354). Disse a 2ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 27 de setembro de 1949 (183/289): Não provado que o autor auferia proventos com o arrendamento do imóvel esbulhado, tendo deixado de recebê-los com a ocupação do mesmo, cancela-se da condenação a que ficou sujeito o réu a obrigação de pagar indenização correspondente a aluguéis." Tem havido ceda confusão entre a regra jurídica do art. 503 e a do art. 513. A regra jurídica do art. 503 é de responsabilidade sem culpa. A do art. 513, *verbis* "bem como pelos que, por culpa sua, deixou de perceber", é, explicitamente, da responsabilidade por culpa. Daí ter sido injusto o acórdão da 5ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 11 de agosto de 1938 *(RT* 115/ 176: "A indenização dos prejuízos sofridos pelo possuidor manutenido ou reintegrado na posse de que fala o art. 503

do Código Civil só se pode referir às deteriorações, danos ocorridos na coisa, e não aos rendimentos ou frutos que ele tenha ficado tolhido de perceber. O pagamento dos frutos e rendimentos só abrange os que foram percebidos pelos réus ou que o deixaram de ser, por culpa sua. Essa expressão "por culpa sua" é usada no art. 513 do Código Civil, e patenteia a diversidade, neste ponto, do nosso direito do direito romano.

No nosso direito, para que haja responsabilidade pelos frutos não percebidos, é necessário ocorrência de culpa do possuidor de má-fé. Não se pode, portanto, condenar o possuidor a pagar uma renda pelo uso que fez da coisa; ele só é obrigado a restituir os frutos." De modo nenhum. No art. 503 é ao possuidor que se responde; no art. 513 é o possuidor que responde.

O art. 516 nada tem com a reintegração por esbulho ou com a manutenção (art. 503), de modo que não cabem nas ações de esbulho e de manutenção embargos de retenção por benfeitorias (Supremo Tribuna! Federal, 4 de abril de 1938, *RF* 76/456; obter, nas ações de imissão na posse, as Câmaras Cíveis Reunidas do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, a 23 de abril de 1942, *RF* 92/441), porém não porque seja de entender-se de má-fé o esbulhador ou o turbador, como, inadvedidamente, se tem pretendido (e.g., Câmara Civil do Tribunal de Apelação de Minas Gerais, 17

de julho de 1939, *RT* 132/283; "Diz o Ministro Costa Manso que quem, em ação de esbulho, foi condenado a restituir a coisa, foi declarado possuidor de má-fé, não podendo, assim, invocar o art. 516 do Código Civil, na execução da sentença, para opor embargos de retenção de benfeitorias. Acentua, de acordo com o sentir do Ministro Plínio Casado, que esbulho e posse de boa-fé são coisas inconciliáveis, O Ministro Carvalho Mourão entende que "na ação de reintegração de posse são inadmissíveis, juridicamente, embargos de retenção, pela própria natureza da ação. O

possuidor é dado como de má-fé fundamentalmente, para que tenha lugar a ação de esbulho. Se é esbulhador está de máfé. Supóe-se que a posse foi obtida clandestinamente ou por violência, ou, ainda, que seja posse precária. O réu, por conseguinte, não é possuidor de boa-fé. Quer seja precarista, que se quer apossar da coisa, quer seja clandestino ou violento, é possuidor de má-fé."). Os arts. 510-519 nada tem com as ações possessórias, embora versem sobre efeitos *da posse.*

A boa-fé não depende da existência do título, mas da crença no título. Não se tem de discutir se há título, ou se não há, se éválido, ou se não é válido. O que importa é crer na *justa causa*

possessionis o possuidor A respeito, exemplo de acórdão contra direito foi o da 2ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 28 de agosto de 1939 *(RT* 121/636), que exigiu ter sido transcrito o titulo de arrematação (se estivesse transcrito, teria o possuidor a propriedade!). Ainda que o possuidor soubesse que não se transcreveria a carta de arrematação, *podia* ter posse de boa-é, pois é de boa-fé a pessoa que recebe o imóvel que arrematou. Aliás, pode ser possuidor o que recebeu a coisa crendo que o procurador a arrematara, ou o banco, que disso incumbira.

Diz o art. 518: "As benfeitorias compensam-se com os danos, e só obrigam ao ressarcimento, se ao tempo da evicção ainda existirem." Tal regra jurídica nada tem com ações possessórias, quer de esbulho, quer de turbação. E

matéria alegável na reivindicação e na vindicatória da posse, não nas possessórias. Trata-se de efeito da posse; não de exceção ou objeção na ação possessória (errada, a 3ª Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 23 de julho de 1942, *RF* 92/479; confusa, a 2ª Câmara do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a 2 de junho de 1929, *AJ* 14/270).

§ 1.130. Indenizações pelo possuidor

1.

Generalidades sobre a *indenização Belo possuidor.* Quando cabe indenização, o possuidor, se regras jurídicas especiais não existissem, teria de responder segundo o art. 159 (ato ilicito absoluto). O possuidor de boa-fé estaria sacrificado pela imperfeição do sistema jurídico, que teria sido cego para as circunstâncias em que alguém se fez possuidor e é possuidor Em verdade, é alguém que se crê com direito e poderia preferir cuidar de outros bens seus com mais cuidado do que desse, ou pesar o seu interesse em emprego do tempo, ou da atenção. Quem se tem por dono não deve ser tratado como se possuisse a coisa como coisa alheia. E assim se há de entender a regra

jurídica da L. 31, § 3, D., *de hereditatis petitione,* 5, 3, que responsabiliza o possuidor, que não é de boa-fé, pelo que devia fazer e não fez, tal como deduz ele o que gastou, e pré-exclui tal responsabilidade quanto ao possuidor de boa-fé, porque esse, ainda quanto negligenciasse a coisa quase sua, não estaria sujeito à querela (tunc enim, *quia quasi suam* rem *neqlexit, nuili querellae subiectus est ante petitarn hereditatern).* No Código Civil suiço, art. 938, diz-se que o possuidor de boa-fé, que usa e goza da coisa conforme o seu presumido direito, não deve indenização àquele a quem a restitui; nem responde pelas perdas e deteriorações. No direito brasileiro, responde ele pelos frutos que colheu com antecipação (art.

511, 2ª parte: "Devem ser também restituidos os frutos colhidos com antecipação"), sejam naturais ou civis; pela perda ou deterioração da coisa, se houve culpa grave (art. 514: "O possuidor de boa-fé não responde pela perda ou deterioração da coisa, a que não der causa."). O art. 514 não corresponde ao direito anterior (L. 31, § 3, D., *de hereditatis petione,* 5, 3; cf. Coelho da Rocha, *Instituições,* 1, 354), discorda das regras jurídicas dos outros códigos *(e.g.,* alemão, § 989, argentino, art. 2.431, chileno, art. 906) e inspirou-se no art. 494 do anterior Código Civil português:

"O possuidor de boa-fé não responde pelas deteriorações ou perda da coisa, não tendo dado causa a isso." Causa está, aí, por culpa, como revela o atual Código Civil português, art. l269ª pois o art. 515 estatui quanto ao possuidor de má-

fé: "O possuidor de má-fé responde pela perda ou deterioração da coisa, ainda que acidentais, salvo se provar que do mesmo modo se teriam dado, estando ela na posse do reivindicante." Responde pela culpa leve e pelo caso foduito ou força maior, salvo se prova que do mesmo modo se teriam dado, estando ela na posse do reivindicante. Por exemplo: A possui, de má-fé, a tela de B e irrompe incêndio na sua casa, sem culpa sua; A responde a B pela destruição da tela, porque não pode provar que, se a tela estivesse na casa de B, também seria queimada ou inutilizada no incêndio

~(aIiter, se o incêndio atingiu as duas casas). Nas espécies em que O possuidor de boa-fé, ou de má-fé, não responde pela perda ou deterioração, cabe a ação de enriquecimento injustificado para se haver o que lucrou com a perda ou deterioração. Se cessa a boa-fé, a responsabilidade pela perda ou deterioração rege-se pelo art. 515.

2.

Citação e boa-fé; litispendência. A citação, estabelecendo litispendência e mora, não produz, sempre, a má-fé; de modo que, se a boa-fé persiste a despeito da citação, não é o art. 515 que se há de invocar, e sim o art. 957, diferente daquele, posto que, na prática, se equivalham. Após a mora, a responsabilidade do possuidor de boa-fé é a de culpado pela impossibilidade de cumprir a obrigação de entregar (F. Lent, *Die Gesetzeskonkurrenz,* 259; R.Schmidt, *Die Gesetzeskonkurrenz 277;* e não por ato ilícito (absoluto), conforme os arts. 159 e 160.

Possuidor de boa-fé, no ari. 514, é o que crê ser titular de direito de possuir, em relação ao que pede a coisa reivindicatória, ou repetitoriamente (arts. 964-968), ou o que não veio a saber, de modo convincente, que a coisa não é sua. O possuidor, que possui a coisa em extensão, ou intensidade maior do que aquela que seria a do direito de que crê ser titular, é de má-fé, no tocante ao que excede ao seu suposto direito. Por outro lado, o possuidor de boa-fé que praticou o ato danoso fora do que seria o exercício regular do seu direito suposto de posse, responde segundo os arts.

159 e 160, 1, V parte, ou segundo o art. 515.

3.

Possuidor de má-fé. O possuidor de má-fé indeniza segundo os arts. 513 e 515, ainda antes da citação. Se incorre em mora, a sua responsabilidade é segundo os arts. 956 e 957, e não segundo os arts. 513 e 515, posto que, na prática, se equivalham.

O possuidor de má-fé, que obteve a posse *a)* por ato de violência, ou clandestina, ou precariamente, ou *b)* por ato culposo de justiça de mão própria, responde pelos danos e pela impossibilidade da entrega, nas espécies *a),* segundo os arts. 503 e 504, e, na espécie 14, segundo os arts. 159 (ato ilícito absoluto) e 160.

4.

Possuidor em nome alheio (= *possuidor não-próprio).* O possuidor em nome alheio há de usar ou fruir a coisa *dentro* do seu direito. Se excede esses limites, ou irregularmente exerce os seus direitos (cf. art. 160, 1, 2ª parte), tem de indenizar de acordo com as regras jurídicas

concernentes à relação jurídica entre ele e o possuidor mediato, proprietário ou não. Se *o* possuidor, que exerce a posse imprópria isto é, imediatamente, havendo possuidor mediato, não tem o direito que crê ter, a sua boa-fé é bastante para que se trate como se tal direito tivesse, desde que não ultra-passe os limites desse suposto direito, nem o exerça de modo irregular. Tal é o caso do que recebe, de boa-fé, em penhor a coisa roubada ou furtada, e a leva a leilão, segundo as regras jurídicas a respeito; do que alugou a casa, que pensara ser de B, que lhe locou e dela lhe deu posse; do que aluga a casa de B, sem saber que B era louco. Se, verdadeiro ou putativo, o possuidor de boa-fé, imediato, excede os limites do seu direito, ou o exerce irregularmente, responde segundo as regras jurídicas sobre a relação jurídica obrigacional entre o possuidor mediato e o terceiro possuidor mediato (= responde ao proprietário conforme responderia ao possuidor mediato). Não é de se afastar a concorrência de pretensão pelo ato ilícito absoluto. A pretensão do proprietário vai contra o possuidor mediato, que deu a posse imediata, ou contra esse, nos limites do que contra esse iria a daquele. Se há dano a coisa, a pretensão do possuidor mediato contra o imediato é para que indenize ao proprietário, ou prestando a esse, direitamente, ou ao possuidor mediato, se tem de responder ao proprietário. O proprietário tem essa pretensão. Aqui, não é preciso recorrer-se à cessio leqis (sem razão, Karl Kober em *J. u. Staudingers Kommentar,* III, 481): o possuidor mediato tem ação contra o possuidor imediato, pelo dano à coisa, porque é responsável perante o proprietário; se exerce a ação no interesse do proprietário, à semelhança dos casos em que se faculta prestar a terceiro, o proprietário tem de ser chamado à relação jurídica processual; o proprietário exerce a ação contra o possuidor imediato, porque ou *a)* há a responsabilidade pelo ato ilícito absoluto (art. 159), ou se trata, apenas, de infração contratual, ou c) de infração de dever de vigilância, assumido a favor do terceiro, proprietário. Foi J.

Biermann, que procurou explicar a espécie

b), como cessio *legis,* mudando, depois, de opinião, na 3e edição. Com ele, K. Maenner *(Das Sachenrecht,* 228) e Karl Nober *(J. v. Staudingers Kommentar* III, 481). A melhor construção é a de especialização do conteúdo da ação de restituição: o possuidor imediato é réu na ação para se haver a coisa cum *omni causo,* e lança mão da *auctoris nominatio* (Código de Processo Civil, arts. 62-69); ou deixa que a ação prossiga, respondendo nos limites da sua obrigação contratual. Não há *cessio legis.* Há, apenas, limitação da responsabilidade, em virtude de não haver relação jurídica entre o proprietário e o possuidor, posto que haja ou creia o possuidor imediato haver entre ele e o possuidor

mediato. Alguns esclarecimentos trouxe ao problema W. Kunze *(Die Haftung des Schuldners fOr den Schaden des Drittbeteiligten,* 110 s. Cumpre, ainda, observar-se que a espécie *b)* não permite construção da pretensão como oriunda do ato ilícito absoluto, que somente *a)* comporta, e que a espécie c) tem os seus pressupostos próprios. A diferença pode ter aplicação prática capital a propósito da prescrição da pretensão.

Resta a hipótese da não-existência da relação jurídica obrigacional eficaz, quer entre possuidor e proprietário, quer entre possuidor e terceiro. Os exemplos melhor esclarecem. Concedeu A, proprietário, menor de dezesseis anos, a E o usufruto do prédio. O pretenso usufrutuário (de boa-fé, ou conhecedor da não-validade, não importa) danifica o prÉdio, de modo a ter de responder como usufrutuário, O proprietário tem ação contra ele, não porque o possuidor impróprio tinha de responder como de má-fé ao possuidor mediato e, pois, ao proprietário não possuidor (sem razão, Madin Wolff, *Lehrbuch,* III, 27ª-32ª ed., 288), e sim porque a responsabilidade tem de ser a do possuidor nos limites do direito em que acreditava, sem se deixar)de atender a ter de ser ao estado anterior à restituição. A regra jurídica, não escrita, ésábia. Se o usufrutuário recebeu de não-dono o usufruto (inexistência da relação de usufruto), dá-se o mesmo.

§ 1.131. Concorrência de pretensões

1.

Pretensões indenizatórias. Se se tem de se aplicar o art. 514 ou o art. 515, ou o art. 956, ou o art. 957, ou o art.

510, ou o

art. 511, ou o art. 513, não há lugar, *em princípio,* para outra pretensão de indenização. Diz-se, então, que qualquer deles é de incidência exclusiva. Já vimos, porém, que o possuidor que *a)* obteve a posse por ato violento, clandestino ou precário (art. 489), ou que li) excedeu o indispensável à manutenção ou restituição da posse (art. 502, parágrafo único), ou c) exerceu descabida justiça de mão própria (art. 502), responde segundo o art. 503, em *a)* e *li),* e pode ser responsabilizado segundo os arts. 159 e 160. Fora daí, o possuidor de

boa-fé somente responde segundo os arts. 511 e 514; o de má-fé, segundo os arts. 513 e 515. Se o possuidor em nome alheio pratica ato lesivo, que não caberia no seu direito, ou no direito de que se crê titular o ato ilícito absoluto (arts. 159 e 160) caracteriza-se. Se o possuidor, em nome próprio ou em nome alheio, dá causa a responsabilidade do proprietário conforme o art. 1.528, a ação do proprietário contra ele é a do art. 1.528. O possuidor que se vê na situação do art. 160, II, e deteriora ou destrói a coisa, não responde segundo o art. 1.519, e sim segundo o art. 511, inclusive em caso de colheita antecipada que caiba no art. 160, II, ou segundo o art. 514 (aqui, *no direito brasileiro,* faltaria, um dos pressupostos do art. 514), ou segundo o art. 515.

Convém, porém, observar-se que, se houve ação de manutenção ou de esbulho, a indenização se rege pelo art.

503, que éde responsabilidade sem culpa.

2.

Pretensões derivadas de negócios jurídicos. Os negócios sem mandato, e de repetição, principalmente os que se originam de enriquecimento injustificado, são possíveis. Por isso, o possuidor de boa-fé, que vende a coisa roubada, ou alheia, dando-se a aquisição pelo adquirente, tem de entregar ao dono da coisa o preço da venda. E o caso de quem adquiriu a coisa de quem não podia alienar e vê declarada a ineficácia, ou decretada a nulidade ou anulação do negócio jurídico, depois de a haver alienado a terceiro. Cf., sobre imóveis, arts. 967 e 968. A pretensão de entrega da propriedade em se tratando de reivindicação, é *real;* donde não serem invocáveis os arts. 865, 866 e 867, que só se referem a relações jurídicas obrigacionais. O pedido da entrega do preço, se o réu da ação de reivindicação ou outra ação real, alienou a coisa, implica *ratificação* do negócio jurídico anterior, ou *assunção da eficácia,* com os inconvenientes, é certo, de não mais poder ser intentada a ação contra o terceiro, se o preço foi ínfimo, ou se o réu é insolvente. Em todo o caso, a petição pode ressalvar os direitos, pretensões e ações reais contra o terceiro. absoluto.

Assim, „as ações possessórias (Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 30 de março de 1928, *RT* 67/112) não podem ser invocadas para garantir o possuidor contra turbação resultante de omissão ou negligência do vizinho, que deixa de tomar as necessárias cautelas com animais seus, deixando que invadam a propriedade e

devastem plantações.

§ 1.132. Natureza das pretensões

1. *Pretensões reais.* As pretensões do dono da coisa, ou do que o é dos frutos, contra o possuidor de má-fé (art. 513, 1ª

parte), pelos frutos colhidos e percebidos (= separados, art. 512), existentes, são pretensões *reais:* e o dono da coisa, ou dos frutos, adquire-os *ipso iure.*

2. *Quanto a frutos.* Se os frutos deixaram de ser colhidos (art. 513, 1ª parte, *in fine),* por culpa dcrpossuidor *(fructus neglecti),* ou se já foram consumidos, ou alienados eficazmente, a pretensão é *pessoal,* , por seu conteúdo, mas *real,* por sua fonte. Donde conseqtlências típicas: *a)* não se "reivindicam, nos processos concursais, tais "créditos" de frutos; *b)* a pretensão de indenização pelo consumo ou alienação dos frutos acompanha a propriedade do imóvel, ou do móvel, sem que se preciso (e seria errado) recorrer-se à figura da cessão tácita de crédito, tanto mais quanto a transmissão pode ter resultado de ato estatal *(e.g.,* hasta pública). A fixação da natureza da pretensão é de máxima importância, como, por exemplo, para se saber qual a prescrição (art. 177): se pessoal, há prescrição em vinte anos; se real, em dez anos, entre presentes, ou quinze anos, entre ausentes.

3.

Posse e ato ilícito absoluto. Pode haver ato ilícito absoluto que cause danos a bens sem haver ofensa à posse, se bem que toda ofensa à posse se trate — no plano dos efeitos — como ato ilícito

Capitulo VI

Vindicação da Posse

§ 1.133. Natureza da pretensão e da ação do Código Civil, art. 521

1. *Pretensão e ação vindicatória da posse.* A pretensão e ação vindicatórias da posse supõem posse *anterior* e posse *posterior,* entre as quais se trava a discussão. Autor é o que alega, primeiro, a anterioridade da posse, nas sós espécies de que cogita o art. 521. São transmissíveis, entre vivos e a causa de morte, pretensão e ação. Não se exige a prova da boa-fé ao que alega ter adquirido antes do demandado: tal boa-fé presume-se. Por outro lado, não importa a aquisição em boa-fé pelo demandado, nem, *a fortiori,* a boa-fé posterior (art. 521, *verbis* "reaver da pessoa que os detiver"). A sentença favorável não diz que o demandado não tinha posse; e sim que não a tem *temporalnente* anterior à do autor.

2.

Ação petitória da posse, *a do art. 521 do Código Civil.* A ação do art. 521 é petitória. Não há, no sistema jurídico, quanto aos bens móveis, somente a ação de reivindicação; há, também, a vindicatória da posse, que se entronca no velho direito germânico, na concepção da *Gewere.* Trata-se de proteção à posse *anterior.* Perdeu-se a posse; mas o que a perdeu, naqueles casos, pode recuperá-la, possessoriamente e petitoriamente. O autor tem de provar que possuiu a coisa e perdeu a posse por tê-la perdido ou por lha terem furtado; e não importa que o possuidor atual esteja de boa-fé e sempre tenha estado. Pode tratar-se de possuidor anterior mediato, como de possuidor anterior imediato, como se A locou a coisa a B e B a vendeu a C, que estava de boa-fé, inclusive se o possuidor mediato nunca teve a posse imediata *(e.g.,* se a adquiriu pelo constituto possessório). A ação pode ser exercida contra o compossuidor se, na espécie, a ação possessória não-petitória o poderia ser (Otto von Gierke, *Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes,* 51; K. Janiszewski, *Schutz des frúheren Besitzes,* 10). O réu pode opor que

possuia antes do autor e pode opor que usucapiu, ou que a coisa deixou de existir por se ter inserido em imóvel, sem mais se poder separar (art. 43, II).

Provelo a ação da ação germânica mobiliária da *Gewere* perdida involuntariamente (Sachsenspiegel, II, 36; 8.

Delbrúch, Die *dingliche Klage,* 42 5.; P. Laband, *Die vermõgensrechtlichen Klagen nach den sàchsischen Rechtsquellen des Mittelalters,* 106 5.; A. Heusler, *Institutionen,* II, § 118; E. Huber, *Die Bedeutung der Gewere,* 12

5.; H. Pflúger, *Die sogenarnten Besitzklagen,* 458 s. e 462 5.; O. von Gierke, *Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes,* 70

sj.

O réu tem a chamada exceção de domínio (art. 505, 2ª parte; O. von Gierke, *Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes,* 62; 1□. Janiszewski, *Schutz des frúheren Besitzes,* 43; sem razão, P. Miethke, *Wesen und Umfang deç Klage des* §

1.007 des BOIS., 36). Se o réu se defende com alegação de posse anterior, pode o autor referir-se a sua, antes da que perdera por último e da que o réu sustenta. Tratando-se de alegação de propriedade, só há uma propriedade, de modo que só impoda a última.

(a) A pretensão e a ação do art. 521 sãp distintas da pretensao e da ação de esbulho, embora todas nasçam da posse *(ius possession* is) e suponham privação do poder fático corporal. A sentença na ação dos arts. 499, 2ª parte, 503-507, restabelece, *provisionalmente,* o estado anterior possessório, inclusive dá ensejo à reintegração antes de ser ouvido o esbulhador (art. 506); a ação do art. 521 permite todas as objeções petitórias; *aliter,* a ação de esbulho, pois o art. 505 só no caso de não-domínio evidente abre exceção à regra da prova somente da posse, e a sentença decide, *definitiuarnente,* quanto à posse). Trata-se de ação vindicatória da posse, mas não de ação de pedir a posse como *ius possidendi.* Assim como, na reivindicação, o reivindicante alega e prova que a propriedade é sua (= que é proprietário;

= que tem a propriedade), na vindicatôria da posse, o demandante, vindicante, foi possuidor, alega e prova que teve a posse, e vai contra o que tem posse posterior. Dai ter-se falado de “pretensão e ação de

melhor direito à posse, de

"pretensão e ação petitórias da posse", ou de "pretensão e ação do direito à posse, — expressões, essas, que devemos examinar e criticar com todo o cuidado e com todo o rigor técnico.

A pretensão ou ação do art. 521, a que corresponde, no direito processual, o art. 907,1, do Código de Processo Civil, não é pretensão ou ação possessória, isto é, não é a pretensão ou ação que nasça no plano em que está o princípio da conservação do fático; já vem depois, quando já se adquiriu o *ius possessionis* e se faz respeitar esse direito à posse, *que se teve,* sem mais se precisar de invocar aquele princípio, que é rente á vida fática. A ação que provém da violação do princípio da conservação do fático é a de esbulho, ou a de turbação; a ação de vindicação da posse é a que emana do *ius possession* is, efeito do fato jurídico *stricto sensu* da posse, de modo que já é aplicação do princípio de que a todo direito corresponde ação que o assegura (art. 75). A ação de reivindicação e a de imissão na posse nada têm com o existir do fato da posse; são ações do direito de propriedade, para haver a posse da coisa, ou para recebê-la de outrem.

A ação de esbulho vai contra o terceiro, sucessor conscius (ciente), ou terceiro ciente *(conscius),* embora não sucessor. A ação do art. 521 pode ir contra o que não teve conhecimento do esbulho; portanto, nela, não precisa ser invocado o art. 504, 2ª parte.

(b)

A pretensão e a ação de reivindicação supõem a propriedade e o estar outrem com a posse; a pretensão e ação vindicatórias da posse só supõem posse e estar alguém com posse temporal-mente inferior, isto é, posteriormente adquirida. Ainda se a propriedade não pode ser alegada e provada pelo dono, — o que foi desapossado por furto, ou roubo, ou o que perdeu a coisa, pode vindicar a posse. Trata-se de *direito de ter a posse,* derivado da posse, que sobrevive à perda do poder fático corporal. Sempre que o demandante invoca o direito de propriedade e a posse,entende-se que cumulou as duas ações: a de reivindicação (art. 524) e a vindicatória da posse (art. 521). Se não se alegou aquele direito, ou só se referiu (sem alegação e, pois, sem ônus da prova), —

há-se de entender que só se

propôs a vindicatória da posse (art. 521). Se o demandante, proprietário da coisa, nunca teve a posse, tem de reivindicar; não pode propor a vindicatória da posse. A reivindicação dar-lhe-á a posse, porque lhe dá a propriedade, e o proprietário tem o *ius possidendi,* para que possa exercer o *ius utendi, fruendi et abutendi.* Não tinha, pela hipótese, o *lus possession is.* Tal acontece ao que adquiriu o imóvel sem ter recebido a posse: ou exerce a pretensão à imissão na posse, contra o alienante ou terceiros que os detenham (sob o Código de Processo Civil de 1939, art. 381,1); ou a ação de reivindicação contra o alienante, que lhe dê ensejo a isso, ou contra o terceiro possuidor. A vindicatória da posse cabe ainda que falte qualquer direito real (se trate de posse sem propriedade, ou se trate de direito de crédito), ou falte qualquer direito (está na casa como locatário, de boa-fé, e não tem contrato, ainda verbal, de locação).

Além da diferença das alegações na ação de reivindicação e na de vindicação da posse, naquela mais se atende ao ter-se adquirido a propriedade, nessa mais ao ter-se *perdido* a posse do bem.

3.

Natureza da ação do art. 521 do Código Civil. No 1 Projeto alemão, § 945, havia ação publiciana, a que se substituiu, sob o § 1.007 do Código Civil, a ação de vindicação da posse, a que corresponde o art. 521 do Código Civil brasileiro. É a *Besitzrechtsklage,* ação de direito de posse. Note-se que já se saiu do mundo fático; já se está no mundo jurídico. Não se pense, todavia, como alguns juristas *(e.g.,* B. Maffhiass, *Lehrbuch, Q* ed., II, 79; E? Endemann, *Lehrbuch,* II, 1, 182; O. Gierke, *Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes,* 19), que se trate de ação substitutiva da ação publiciana. São diferentes e sem ligação histórica. No sistema jurídico brasileiro, acentua-se a distinção de técnica sistemática com a inserção do art. 521 no titulo da posse. A *actio Publiciana* é sombra de *reivindicatio;* a ação do art.

521 não no é. Nem a ação do, art. 521 se prende à chamada ação publiciana da Prússia, a *preussische Publiciana:* não há luta entre títulos, na ação do art. 521 (cf. C. Feustel, *Die Anspruch aus* § *1.007 BOIS.,* 46; W. Giese, *Besitzrechtsschutz im BOIS.,* 9-23; A. Peipers, *Die Besitzrechtsklage nach* 9 *1.007 BGB.,* 5). Na ação do art. 524 e na ação publiciana, o fundamento é o título, e não a posse: o que mais importa é a aquisição da propriedade; na ação do art. 521, a posse anterior é que mais importa, de modo que a perda da posse é o fundamento. A

ação publiciana atendeu a que fatos da vida mostram ser insuficiente a tutela do proprietário. Nesse princípio de tutela do que não é propriedade ou poder não ser também se inspirou a ação do art. 521.

(c) A ação do art. 521 nem é a ação publiciana nem lhe faz as vezes.

No primeiro Projeto de Código Civil alemão (§ 945) é cedo que se concebera ação publiciana e foi em lugar dela *(Motive,* III, 629), que se pôs a do § 1.007 do Código Civil alemão; mas isso não justifica que se considere a vindicatória da posse, como alguns juristas alemães, ação Publiciana, ou sucedâneo dela *(e.g.,* 8. Matthiass, *Lehrbuch,* 11, 2ª ed., 79; E. Endemann, *Lehrbuch,* II, *1,* 182; O. von Gierke, *Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes,* 19). No Brasil, a colocação dela no título da posse, e não no da propriedade, bem mostra que se não anuiu em qualquer confusão.

No sistema do direito romano e no direito comum (E. S. Goldmann, *Publicianischer Schutz,* 56; A. Peipers, *Die Besitzrechtsklage,* 2; nosso *Dos Títulos ao Portador,* II, 2ª ed., 162), como no velho e no novo direito brasileiro, a ação publiciana não precisaria de regra jurídica especial: a ação publiciana é ação do Possuidor com título contra o possuidor sem título, e tal não OCorre com a vindicatória da posse (art. 521), conforme a doutrina inteira *(e.g.,* O. von Gierke, *Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes,* 46 e 70; C. Feustel, *Der Anspruch aus g 1.007 BOIS.,* 46; W. Giese, *Besitzrechtsschutz im BOIS. und* actio in rem Publiciana, 9.23ª A. Peipers, *Die Besitzrechtsklage,* 5); o único traço comum entre as duas pretensões e ações é a posição da relatividade diante da pretensão e ação reivindicatórias, — essa exige alegação e prova do domínio, a publiciana satisfaz-se com a alegação e prova da aquisição regular da posse, e a vindicatória da posse, com a alegação e prova da mais antiga (= melhor posse). Nas duas, supõese relativa superioridade da posse: igual ou melhor posse; se igual, mais antiga. Esse princípio de relatividade da proteção do direito de posse é que está à base de toda a teoria da proteção do art. 521, e vem sendo revelado desde o pretor Publicio, através da *Gewere* alemã (E. Huber, *Die Bedeutung der Gewere,* 10; cf. Hans Neikes, *Die Hiage aus* 5 *1.007*

des BOIS., 7 s.) e do Código Civil alemão (§ 1.007), do suíço, art. 934, e do brasileiro (art. 521).

Há duas espécies de ação vindicatória da posse: uma, contra o possuidor de má-fé; outra, contra o possuidor de boa-fé. Nem unia

nem outra se confunde com a ação publiciana, ação do que *será* (ou talvez já seja) proprietário (Hans Neikes, *Die Klage aus* § *1.007 des BOIS.,* 56 s.), nem, sequer, procederam da publiciana prussiana. Nelas só se há de alegar e provar que se adquiriu *antes* e, pois, *melhor* (salvo exceção) a posse da coisa (A. Peipers, *Die Besitzrechtsklage,* 106; W. Scherer, *Unterschiede zwischen der* actio Publiciana *und der Klage aus* 9 *1.007 des* BOIS., 25 5.; O. Volk, *Der Anspruch des frà"heren Besitzers aus* § *1.007 des BOIS.,* 1 e 26 s.).

4.

Posse imediata e posse mediata. O ex-possuidor, que pretende a coisa perdida, furtada ou roubada, invocando o art. 521, pode ser o mediato, dono ou não da coisa, ou o imediato (usufrutuário, locatário, depositário, credor pignoraticio etc.). Assim, a opinião de O. Wendt (Der mittelbare Besitz, *Archiu fOr die civilistische Praxis,* 87, 40), que excluia da legitimação ativa o possuidor mediato, não tinha base (cf. B. Mugdan, *Die gesammten Materialien,* III, 516) e foi repelida (O. von Gierke, *Die ISedeutung des Fahrnisbesitzes,* 53; E. Strohal, *Der Sachbesitz,* 45 s.). Têm-na o locador, o locatário e o sublocatário; o herdeiro (arts. 1.572 e 1.580); o cessionário da pretensão à entrega, pois que, se não há, no Código Civil brasileiro, a regra jurídica do Código Civil alemão, § 870, é porque nela consiste um dos postulados da teoria da posse no direito brasileiro (nosso Dos *Títulos ao Portador,* II, T ed., 164); o adquirente segundo o art. 200 do Código Comercial e pelo instituto possessório (arts. 494,1V, e 520, V); o terceiro que adquiriu a posse, sem mandato, dependente de ratificação (art. 494, III); o devedor pignoratício, na espécie do art. 769.

5.

Fim da tutela vindicatória da posse. A finalidade da pretensão vidicatória da posse é à semelhança da pretensão à entrega, que tem o proprietário, na ação de reivindicação, — razão por que as regras jurídicas sobre frutos, benfeitorias e deterioração ou destruição da coisa são do mesmo conteúdo, se bem que um valor tenha a *posse* e outro valor a *propriedade.* As regras jurídicas sobre direito de retenção também são as mesmas.

Pode a ação do art. 521 ser cumulada com a de propriedade (art. 524); sem razão, contra a doutrina vitoriosa, J.

Biermann *(.Sachenrecht,* 306), G. Planck *(Nommentar,* III, Q ed., 534), 1□. Hellwig *(Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft,* 344), O. von Gierke *(Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes,* 65). Também com a de esbulho (J. Biermann e O. Planck, nos lugares citados; M. Wolff, *Lehrbuch,* III, 27ª-32ª ed., 64; diferente, 1(. Rober, *J.*

v.

Staudingers Kommentar, III, 7ª-8ª ed., 510).

§ 1.134. Legitimação à pretensão e ação do Código Civil, art. 521

1. *Legitimação ativa.* Legitimado ativo é o possuidor anterior da coisa perdida, furtada ou roubada, seja de toda a coisa, ou seja de parte dela, possuidor único ou compossuidor, mediato ou imediato. Se o possuidor imediato foi vítima da perda, furto ou roubo, conserva a pretensão e a ação ainda que se torne possuidor mediato; o possuidor como dono tem-nas, ainda se passou a grau inferior, ou a possuidor imediato. O legitimado há de alegar o seu direito de posse; e o que creu em ter adquirido esse direito, embora não no tenha, tem-nas e pode exercê-las; *e.g.,* o que se apossou de coisa perdida, crendo-a abandonada. A sentença não diz que o réu não tenha a posse; diz que alguém alegou e provou tê-la perdido. No direito brasileiro, o art. 521 do Código Civil só admitiu a vindicatória da posse nos casos de perda, ou furto (inclusive roubo), e não, diversamente da sistemática do Código de 1973, art. 907, 2ª parte, em todos os outros casos de involuntária perda da posse do bem: "Aquele que tiver perdido, ou a quem houverem sido furtados, coisa móvel ou título ao podador, pode reavê-los da pessoa que os detiver, salvo a esta o direito regressivo contra quem lhos transferir." A pretensão e a ação dirigem-se contra o possuidor de boa ou contra o de má-fé.

A vindicação da posse pode ser proposta pelo compossuidor contra terceiro e contra o outro ou os outros compossuidores (Kurt Schreiber, *Der Mitbesitz,* 46).

2.

Posse *imediata e posse mediata.* A ação do art. 521, vindicação

possessória, pertence ao possuidor imediato como ao mediato. Aquele pede a vindicação para lhe ser reentregue a coisa; esse, para que se entregue àquele, salvo se já não teria a posse, ou se não quer ou não a pode ter. „O servidor da posse não tem legitimação ativa, posto que a tenha quanto à ação de esbulho (J. Biermann, *Sachenrecht,* 303; G. Planck, *Romrnentar,* III, 531;O.Warneyer, *Kommentar,* II, 218; E Ostertag, no *Kommentar* de M. Gmúr, IV, *III,* 2ª ed., 83).

O possuidor mediato, que nunca teve a posse imediata, *e.g.,* por tê-la recebido do possuidor imediato por constituto possessório (= teve a instantaneamente), pode exercer a ação de posse anterior (art. 521; cf. H. Engelhardt, *Welche Rechte stehen dem Qberbesitzer zu?,* 40).

O servidor da posse (sem razão, Max Gãrtner, *Der gerichtliche Schutz gegen Besitzverlust,* 179) e o órgão da pessoa jurídica não na têm. Nem a eles compete a legitimação passiva (O. von Gierke, *Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes,* 52; C. Crome, *System,* 246, nota 45; O. Liebezeit, *Die Recht des Eigentíimers,* 76), o que não afastava pensar-se, a seu tempo (Código de 1939, art. 110, *pr.),* em caução *de rato.*

A ação é exercivel contra o incapaz e por um cônjuge contra outro (H. Kress, *ISesitz und Recht,* 222).

Não pode usar da ação do art. 521 quem não é possuidor, como o funcionário público a respeito dos bens do Estado ou de uso comum do povo (A. Peipers, *Die Besitzrechtsklage nach* § *1.007 ISGE.,* 44).

No direito brasileiro, se o absolutamente incapaz alienou a coisa, não se há de pensar na ação do art. 521

(duvidoso, o direito alemão, cf. Kasimir Janiszewski, *Schutz des frúheren Besitzers,* 23): a ação a propor-se é a do art.

524 (cf. art. 622, parágrafo único).

Quanto ao relativamente incapaz, pode ter posse e perdê-la, inclusive por ato jurídico de alienação *(e.g.,* art. 520, V). Não há pensar-se em ação do art. 521, se a alienou. Se lhe foi tirada por furto ou roubo, ou se perdeu a coisa, é legitimado a ela.

3.

Legitimação passiva. Legitimado passivo, na ação vindicatória da posse, é o possuidor *de agora,* mediato ou imediato, como dono ou não, possuidor único ou compossuidor. O autor alega e prova a posse anterior e a perda, ou o furto, ou o roubo, ou, segundo o Código de 1973, art. 907, o injusto desapossamento da coisa, o que logicamente exclui que o demandado haja *dele* adquirido a posse, que ora tem. Se o legitimado passivo alega e prova que adquiriu de outrem a posse, há objeção ao direito de posse do demandante; e esse tem de contra-objetar, *e.g.,* alegando e provando que o tradente ao demandado não era, em relação a ele, possuidor (ladrão, esbulhador, possuidor imediato que perdera a coisa, não podendo, pois, transferir a posse). Entendia O. von Gierke *(Die ISedeutung des Fahrnisbesitzes,* 56 s.) que o ônus da prova da *melhor* posse cabe, sempre, ao demandado. Mas o demandado, que alega ter direito real sobre a coisa, não tem de provar a eficácia *também* em frente ao demandante: o demandante é que há de provar que não tem eficácia quanto a si; salvo se a alegação e prova concerniam a tempo em que o direito real não poderia ter sido criado. Assim, nem se há de enunciar que o ônus da prova vá, sempre, ao demandante, como O.

von Gierl□e *(Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes,* 56 s.) e J. Biermann *(Sachenrecht,* 304), nem, como E. Brodmann (em O. Planck, *Kommentar,* III, 4ª ed., 532) e Madin Wolff *(Lehrbuch,* III, 2T - 32ª ed., 61), ao demandado. Se o demandado alega que a coisa fora adquirida ao demandante antes de tê-la perdido, ou ao demandante ter sido furtada, ou roubada a coisa, é claro que vem o demandado o ônus da prova. Se o demandado alega que, antes da perda, ou furto, ou roubo, de que fora vítima o demandante, havia ele perdido, ou a ele lhe havia sido furtada, ou roubada a coisa, também o ônus da prova lhe incumbe. Se o demandante contra-objeta que já antes lhe fora furtada, ou roubada, ou a perdera, tendo readquirido a posse, de que ora se trata, anterior à do demandado, o ônus da prova incumbe ao demandante: a contra-objeção é sua; o ônus da prova é seu, se não o alegara, ou o alegara, porém não no provara, na petição ou depois.

Se o legitimado passivo é possuidor *atual* e tem, além disso, ius *possidendi,* como o proprietário, o usufrutuário, o usuário e o titular do direito de habitação, também se trata de *objeção* (não exceção!), ainda se posterior g posse do demandante a aquisição do direito à posse (herança, usucapião). Assim, a primeira obje ção, por mais radical, que o demandado pode fazer, é a negativa da posse anterior do demandante; a segunda, é a de ser proprietário e, pois, ter o ius

possidendi, ainda que por herança, ou usucapião, ou adjudicação. A alegação dp direito à posse o demandante pode *contra-objetar* (negá-lo), ainda que só em parte; *e.g.,* dizer que o demandado é dono, mas lhe alugara a coisa, ou que o demandado é credor pignoratício, mas lhe emprestara a coisa. (No Código Civil alemão, § 1.007, alínea 2ª, 1ª parte, alude-se à objeção de propriedade, mas deixou-se de prever o revide do demandante; por outro lado, lendo-se a O. von Gierke, *Die Bedeutung des Fahnisbesitzes,* 56 s. e 62, é preciso ter-se todo cuidado em repelir-se o conceito de

"melhor" direito à posse, que é inadmissível.)

A alegação de abandono pelo demandante é objeção. Mas o abandono pelo possuidor mediato, sem ato do possuidor mediato abaixo dele, ou do possuidor imediato, não é completa objeção (i. Biermann, *,Sachenrecht,* 304; O.

Planck, *Kommentar,* 532; M. Wolff, *11h rbuch,* III. 27ª-32ª ed., 60; sem Maenner. *Das Sachenrecht,* 239, nota 88; O.

Von *Bedeutung des Fahrnisbesitzes,* 60). 1H, 4ª ed., razão: K. Gierke, *Die.*

A legitimação passiva do que deixou de possuir a coisa para dificultar a vindicação é assente em jurisprudência *(e.g., 1ª* Grupo de Câmaras Civis do Tribunal de Apelação de São Paulo, 20 de agosto de 1940, *RT* 132/143; 1C

Câmara Civil, 15 de setembro de 1941, 137/535).

4.

lus possessionis *e* ius possidendi. Do fato jurídico *stricto sensu* da posse derivam efeitos, um dos quais o ius *possession is,* que não se confunde com a pretensão à entrega da posse, nem com a pretensão à imissão, que são petitórias. Os sistemas jurídicos entendem que a ordem fática há de ser provisionalmente assegurada, razão por que dá aos possuidores a legitima defesa e a justiça de mão própria (art. 502) e a tutela estatal (arts. 499-501, 503-509, 523).

Além dessa eficácia, há a eficácia do *ius possession is,* de que cogita o art. 521, aí petitória.

Na execução da sentença, observam-se *o* bem podia dar frutos, *e.g.,* aluguéis, e restitui-los, arbitra-se-lhes o valor, se deixou os arts. 510-519. Se o possuidor tem de de os perceber.

5. *Perda da posse e ação de vindicação da posse.* Diversamente da ação de maior abrangência do art. 907, 2ª parte, do Código de 1973, de que nos ocupamos em nosso *Comentários ao Código de Processo Civil,* XIII, 99, a perda involuntária da posse, que permitia a ação do art. 521, é a que resultava de furto ou roubo, ou perda da coisa, não a resultante da entrega da coisa por erro, ou dolo, ou simulação, ou fraude, ou, em geral, por abuso de confiança. Assim, fora da perda da coisa, a ação do art. 521 cabia, por exemplo, se houvesse *extorsão* (K. Binding, *Die Ungerechtigkeit des Eigentumserwerbs,* 17), isto é, obtenção da coisa com ameaça de dano, ou *extorsão com sequestro da pessoa,* ou furto ao possuidor próprio ou impróprio, ou furto ao possuidor impróprio pelo possuidor próprio ou outro possuidor impróprio, ou pilhagem. Não, o que foi entregue por erro, dolo, simulação, ou fraude *(aliter,* pela coação,. Binding, *Die Ungerechtigkeit des Eigentumserwerbs,* 18 s.), o que foi alienado pela pessoa a quem o confiou o decujo ou seu sucessor, o alienado pelo herdeiro ou qualquer deles, o que ao proprietário ou possuidor próprio ou impróprio tirou o representante ou mandatário *(aliter,* o que ele tirou a qualquer possuidor mediato, sem que dele fosse representante ou mandatário). Quanto aos bens que o titular da posse mediata inferior ou da posse imediata tira ao possuidor próprio ou mediato superior, a opinião que permite a ação do art. 521 é a verdadeira (L. Kuhlenbeck, *Das Búrqerliche* Oesetzbuch, II, 97; K. Binding, *Die Ungerechtigkeit des Eigentumserwerbs,* 39; sem razão, C. Wieland, *Nommentar,* IV, 513, e nosso Dos Títulos ao Podador, *Manual,* 16, 2ª ed., 177).

6.

Jurisprudência em torno do Código Civil, art. 521. A jurisprudência tem seguido com acerto a interpretação que demos, contra os intérpretes anteriornºs, à ação do art. 521. A 2C Turma do Supremo Tribunal Federal, a 11 de abril de 1944 *(RT* 161/ 849; *RF* 101/72), frisou que a apropriação indébita não se inclui no conceito de furto ou de roubo, tal como se acha no art. 521, bem assim a 20 de julho de 1944 *(JSTF* 23/156) e a 28 de maio de 1946 *(RF*

109/51); cf. 3ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 28 de agosto de 1947 (RTi 170/602: "O principio, que prevaleceu no direito francês, En *fait de meubles possession vaut titre,* não foi acolhido

pelo nosso direito; e, assim, quem adquire “coisa móvel” deve ter a mesma cautela que tem quando adquire imóvel, exceto quanto ao tempo necessário ao usucapiao (Código Civil, art. 622). O legitimo dono da coisa móvel pode reavê-la e sem indenização, salvo na hipótese do parágrafo único do art. 521 do Código Civil, quando o objeto for comprado “em leilão público, feira, ou mercado”, hipótese em que terá de pagar ao possuidor o preço por que o comprou. Nem se diga, como faz o apelante, que se deve dar ao texto legal interpretação que lhe empreste maior amplitude, devendo, assim, considerar-se Barretos como um mercado de gado.” Se assim fosse, haveria cidades privilegiadas onde as coisas furtadas poderiam ser compradas sem risco: Barretos, para o gado; São Roque, para o vinho; Santos, para o café; Ilhéus, para o cacau; e, Cubatão, para as bananas”), 4e Câmara, 22 de abril de 1948 *(RF* 122/181; *RT* 174/189:

“Não pode reaver de terceiros o título, pelo art. 521 do Código Civil, escreve , quem não o perdeu, nem foi vitima de furto ou roubo, ou quem ficou privado da posse por abuso de confiança, falsidade ou estelionato etc., porque em todas estas hipóteses a vítima confiara em quem, depois ou simultaneamente, a enganou, e, se alguém há de sofrer os prejuizos da infidelidade da pessoa escolhida, há de ser quem a escolheu, e não terceiro”).

Não se tire do art. 521, onde, *ex argumento,* se pré-exclui a vindicação da posse da coisa alienada pela pessoa a quem o proprietário a confiou (abuso de confiança), que a alienação pelo não-dono, que tem a posse imediata, ou o serviço da posse, transfira a propriedade. Não está isso no direito brasileiro, de modo que se tem de repelir o que se escreveu no acórdão da 1ª Câmara, acima referido: “Consoante ensina Carvalho Santos, quem é vítima de um estelionato, abuso de confiança etc., faz uma alienação, transmite, apesar dos pesares, a propriedade da coisa e, sem ser mais proprietário, não poderá intentar qualquer ação de reivindicação, o mesmo se podendo dizer quanto à posse.” Não se confunda vindicação da posse segundo o art. 521 e reivindicação, que é vindicação da propriedade. Aliás, a ação de reivindicação pode extinguir-se sem se extinguir a propriedade (cf. arts. 177, 2ª parte, 618-619 ou 550-553).

O art. 521, parágrafo único, supõe: *a)* existência de leilão em que se adquire a coisa, *b)* não-nulidade do leilão (3a Câmara Civil da Corte de apelação do Distrito Federal, 4 de novembro de 1935, *Ai* 37/42 1), *c)* não ter sido decretada a anulação do leilão, *d)* não ter sido o

adquirente que, como possuidor, que já era, promoveu o leilão (3ª Câmara Civil da Corte de Apelação de São Paulo, 12 de abril de 1935, *RT* 98/481), porque, então, há causa anterior contra o promovente e obrou com *fraus legis.* Não há, no art. 521, parágrafo único, regra jurídica de presunção de boa-fé: o art.

521 nada tem com o conceito de boa-fé (errado, o acórdão da 4e Câmara do Tribunal de justiça de São Paulo, a 25 de fevereiro de 1932, *RT* 82/257: "A lei estabelece uma presunção de boa-fé e uma presunção de má-fé, ou, melhor, de conhecimento ou ignorância do esbulho. Presume-se a boa-fé na hipótese do parágrafo único do art. 521 do Código Civil, isto é, quando a coisa em questão haja sido comprada "em leilão público, feira ou mercado", hipótese em que o dono deverá indenizar o possuidor Presume-se a má-fé quando a situação jurídica da coisa possa ser esclarecida nos registros públicos e o adquirente, apesar do que consta do registro, adquira a *non domino.* ").

7. *Mercado.* Mercado, no art. 521, parágrafo único, é o espaço fechado, ou aberto mas delimitado, que se destina á mercancia de bens móveis. Discutiu-se se toda uma cidade pode ser considerada mercado. A 2ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 15 de agosto de 1947 *(RT* 170/236), reafirmou interpretação que partiu de juizes de Barretos, "a maior praça de gado do pais"; "o substantivo mercado, no texto do parágrafo único do art. 521 do Código Civil, não quer significar apenas o estabelecimento, o edificio em que habitualmente se vendem coisas, senão, e principalmente, o conjunto de circunstâncias em que essas vendas se façam. Em Barretos mesmo, sem embargo de ser esta cidade considerada a maior praça de gado do país, não existe lugar certo onde se realizem as vendas de bois.

Fazem-se elas, às mais das vezes, nas mesas de café, nos bancos dos jardins, ou nas estradas e corredores boiadeiros. E

nem por isso deixam de ser considerados mercadores de gado, e pagam, para isso, os devidos impostos, quantos se dedicam a tal atividade. Esse ponto de vista, aceito agora por este Juizo, não ficou isolado. O Egrégio Tribunal *ad quem,* por seu 1ª Grupo de Câmaras Civis, examinando-o, sufragou-o, mantendo a decisão em apreço, "por seus juridicos fundamentos" *(RT* 132/200). Incompleta seria a argumentação se não acompanhada, no ponto que mais diz com o caso *sub* iudice, da transcrição dos brilhantes votos que, nesse ensejo, os conspicuos Desembargadores Drs.

Vicente Penteado e Marcelino Gonzaga proferiram. Eis o primeiro: „o embargante comprou os animais publicamente, no lugar do costume, de quem se apresentava como seu proprietário e era um dos maiores negociantes de gado em Barretos. Tal compra deve ser considerada feita em mercado, como bem esclarecido ficou na sentença e nos artigos de embargos, favorecendo, pois, o réu o disposto no parágrafo único do art. 521 do Código Civil. Barretos é um dos grandes centros de negócios de gado no Brasil. Para aí convergem animais de todas as procedências, à cata de compradores. Na balança do embargado se consumam com toda a publicidade, as compras, em larga escala, que ele costuma realizar, perfeitamente enquadráveis no conceito da compra em mercado, prevista naquele dispositivo legal.“

E o outro dos magníficos votos aludidos: „A lei não distingue, e a expressão „mercado“, de que usa, deve ser tomada em sentido amplo. Mercado, como bem acentuou a sentença, não é apenas o estabelecimento onde se realizam as compras: a cidade de Barretos, como é público e notório, e se refere nos autos, constitui o maior mercado de gado do pais.“

Essas extrapolações são, nos sistemas jurídicos, perigosas. Se é certo que o mercado pode ser aberto, também é certo que não se pode considerar mercado toda uma cidade, sem atenção às circunstâncias que equiparam o *situs* a leilão e a feira. Daqui em diante se começaria a falar de cidade-feira, Município-mercado e quejandas imagens ajurídicas. Se há, na cidade, aliás provavelmente junto ou próximo à cidade, lugar a que afluem vendedores de gado, de jeito a não se poder facilmente averiguar a procedência de cada rês, ou boiada, tal lugar, não a cidade, se há de considerar mercado.

Todavia, considerando-se mercado o lugar, não se pode, noutras ocasiões, reputar que o lugar não é mercado. Para o Código Civil, o ato é leilão, ou não no é, o lugar é feira, ou mercado, ou não no é. Se o leiloeiro vende a coisa na casa dos leilões, sem ser em leilão, não vende em leilão e, pois, não incide o art. 521, parágrafo único. Se alguém vende na feira ou no mercado, fora das horas em que o lugar é feira, ou mercado, não verdeu em feira, ou mercado; e o art. 521, parágrafo único, não incide. Feira e mercado exigem *situs* e *tem pus;* leilão, *actus.* O leilão pode ser fora da casa do leiloeiro, se a lei o permite; se a lei não no permite, não se trata de leilão, não foi em leilão a venda que se efetuou, ainda que por pregões.

O parágrafo único do art. 521 não contém derrogação ao principio que

se enuncia no art. 521, mas regra jurídica sobre ressarcimento, devida — não à boa-fé que a lei entende haver por parte dos que compram em leilão público, feira ou mercado (assim, R. Troplong, *De Ia Prescription,* 11, 587), — e sim à necessidade de se prestigiarem, no conceito público, o leilão público, a feira e o mercado (E. Laurent, *Principes,* 32, 604 5.; nosso *Dos Títulos ao Portador,* II, 181 5.: "Fez notar Troplong que em tal hipótese a boa-fé do possuidor é manifesta e tão legítimo o seu erro, que fora injusto o rigor. Conquanto, à primeira vista, pareça servir de fundamento a advertência do escritor francês, verdade éque são nenhuns os méritos dela. Fora mister aplicar a medida *sempre que por manifesta e evidente se tivesse a boa-fé.* E a lei não cogitou disso. Advertiu Laurent na sem-razão dos dizeres de Troplong, e criticou-os: em nosso parecer", explicava, „é uma razão má; se se tivessem em conta direitos e interesses particulares, far-se-ia mister dar a preferência ao proprietário, pois o direito a tem sobre a equidade. Mas"há interesse público em jogo, o do comércio, pois que então se faziam as transações mobiliárias nas feiras e mercados e fora preciso dar plena segurança aos compradores; no caso contrário, seria impossível o comércio. Não há dúvida que houve atendimento a interesse público, e não de um só; de *todos,* abstratamente, e não de *cada* indivíduo que comprasse, concretamente. Se assim não fora, teríamos interesses opostos — o do proprietário e o do comprador, um encontro de direitos (digamos) individuais, de situações igualmente dignas de justiça. Se um tivesse de ceder seria o do comprador. Mas o que o legislador teve por fito não foi o interesse do comprador, foi o de todos *in* abstracto, o interesse público, que preleva aos outros, ainda ao de todos disjuntivamente, *in concreto."*

A exceção provém dos costumes franceses do século XIII (P. de Beaumanoir, *Coutumes de Beauvaisis,* c. 25, nº

22). A segurança que se dá ao comércio — e, conseqUentemente, ao comprador — é *quase* completa; a vindicação das coisas perdidas ou furtadas continua de ser teoricamente possível, embora, *praticamente,* a condição d~ reembolso por pouco não a suprima. Não se quis amparar, individualmente, o comprador, tanto assim que se conservou a vindicação, nem se quis proteger ao proprietário desapossado, pois que se lhe exige indenizar. O interesse a que se atendeu foi o público, ou geral, em sua feição abstrata e sociológica. Leilão público, feira ou mercado, diz a lei. Trata-se de leilões oficiais, hasta pública, vendas judiciais por porteiros de auditórios, vendas, judiciais ou não, pelos corretores de títulos, negócios f echados em lugares de reunião pública destinados por lei, decreto ou regulamentos para mercado ou feira.

As bolsas são lugares em que se efetuam operações de leilão público ou de mercado; não seria possível, portanto, exclui-las do art. 521, parágrafo unico. Na definição de mercado contidas estão elas; e não o estão menos nas de leilão, no que concerne a certas funções reservadas por lei e regulamentos aos corretores. Porém não se dilate o conceito.

8.

Petitoriedade da ação e prescrição. A ação do art. 521 épetitória da posse (cf. E Lenz, Der Rechtsbesitz ausserhalb des BGB., *Archiu fOr Búrgerliches Recht,* 33, 422; C. Crome, Die juristische Natur der Miethe, *iherinqs iahrbúcher,* 37, 62). E ação de direito à posse, e não ação possessória. O que se pede é a restituição da posse. A sua natureza e a sua eficácia são de ação real, e não de ação pessoal.

Pode ser cumulada com a ação nata do direito, não com a ação de reintegração (O. von Gierke, *Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes,* 65).

A restituição que se dá, quanto à posse, é definitiva.

A prescrição da ação do art. 521 é a da ação que corresponde ao direito a que a posse vindicanda alude (cf. art. 520, parágrafo único, 2a parte). E ação de direito à posse. Real, mas subordinada à existência do direito a que se refere a posse em vindicação. Se a posse vindicanda é posse própria, a pretensão vindicatória prescreve em dez anos, entre presentes, e quinze entre ausentes (arts. 177, 2a parte), sem que se exclua poder ter havido, *antes de se completar o prazo prescriscional* usucapião (arts. 618 e 619 sobre usucapião de bens móveis, em três anos, com justo título e boa-fé, e cinco, sem titulo e sem boa-fé). Se a posse vindicanda é posse imprópria, não há solução única para todas as espécies: a ação do possuidor como usufrutuário, se se deixa prescrever a ação real para a retomada do bem, segundo o art. 177, 2ª parte, também prescreve; mais: perde-se o próprio usufruto (art. 739, VI). O que tem posse como locatário de coisa móvel tem ação que dura vinte anos, devido ao art. 520, parágrafo único, 2ª parte, não devido ao art. 177; mas está exposto a que se tenha extinto o direito e, com ele, o direito à posse.

Capítulo VII

§ 1.135. Conceito de posse e tutela da posse

1. Posse *e tutela da posse.* O direito objetivo atribui ao poder efetivo de alguém sobre a coisa consequências diversas.

Esse poder é a *posse.* Entre outras, são consequências jurídicas: o poder de defesa da própria posse; o dever de restituição a quem seja o dono, e somente a ele, em princípio; ser pressuposto para a formação, ou a transformação, ou a extinção de relações jurídicas. A posse, no sentido que aqui nos interessa, é estado de fato, a que a lei liga consequências jurídicas. Não é a soma dos efeitos que ela produz, segundo o direito. Tal redução não é possivel. É a fonte, a base, desses efeitos. Como fonte é que é relevante. Nisso ela se distingue da propriedade, que só existe como conceito jurídico, soma dos efeitos que se colam a outros conceitos jurídicos.

Somente concebida a posse como poder de fato, podem ser-lhe explicadas, convenientemente, a transferibilidade entre vivos e a hereditariedade. O fato, e não o conceito, cria o direito. Por isso mesmo lhe falta a definitividade, que o direito empresta à propriedade. Se o direito procedesse com o mesmo desembaraço em relação à posse, estaria a falsear o provisório da vida mesma, dos fatos de posse; e a posse seria "conceito jurídico", como a propriedade e não

"fato." (Sobre essa diferença, R. Stammler, *Die Lehre von dem richtigen Recht,* 332; A. von Tuhr, *Der Aligerneine Teu,* III, 455.) Dai resulta que a posse só se protege provisoriamente. E transitória, como o homem e o poder do homem. Não figura em registros públicos, nem o que transfere a posse "dispõe" do objeto, — dispõe da posse. A sua transferência não paga imposto. Mas apanha tanto a coisa, enquanto existe de fato, que gera ações semelhantes às de reivindicação (Código de Processo Civil, art. 907, 1, e Código Civil, art. 521). Josef Kohler chegou a chamar "ordem da paz" àquela em que acontecem as posses, em contraposição à ordem definitiva, despótica, em que se escalonam os blocos conceptuais da propriedade.

O conceito de posse, que entrou no Código Civil, em 1916, é o

conceito contemporâneo europeu, combinação do pensamento romano com o germânico (com abstração do *animus dominantis).* A novidade do direito brasileiro foi abstrair do *corpus,* o que lhe deu certa espiritualidade, quando o espírito do país podia reagir eficazmente contra a distinção entre possessio e *detentio* e contra a intromissão de "conceito" no plano fático das posses. Isto é, contra a filosofia decadente, que pretendia platonizar a posse, e contra o orientalismo de tapeçaria, com que se pretendia reduzir a detentores os que colhiam frutos sem ser dono (o arrendatário, o que plantou com permissão etc.) e com que se repelia a transferibilidade e a hereditariedade da posse.

A evolução jurídica traduz estados econômicos e psíquicos.

O conceito hodierno de posse é a síntese, a que se chegou, — um tanto diferente nos povos mesmos que a atingiram, mas em torno de linhas comuns, — depois da *tese* romana, da *antítese* germânica e das sucessivas *teses* e antíteses, seguidas de sinteses provisórias, que foram as "teorias da posse.

Cumpre fixar alguns enunciados, que debuxam a concepção vigente no direito brasileiro: *(a)* A posse resulta da posição do sujeito para com o objeto e para com a totalidade dos sujeitos, para com a ordem social existente entre os cidadãos (P. Sokolowski, *Die Philosophie im Privatrecht,* II, 246). Não precisa do *anirnus* savignyano, nem do *corpus,* segundo R. von Jhering, nem do *tactus;* nasce das entranhas da vida simples, real, sem tecidos de conceitos de direito.

(b) se trate (prédios, parte de A posse pode recair em coisa, ou em partes da coisa, ou de partes de coisa indivisa ou de coisa comum divisa andares, apartamentos, gavetas de cofres ou armários, paredes, placas, lugar de anúncios etc). A posse, de que tratam os arts. 920-933 do Código de Processo Civil, só é possível em coisas; não em aonceitos (direitos, por exemplo), ou em forças da natureza, ou em pensamentos.

(c) O conceito de posse é conceito hásico, experiencial, que tem resistido a todas as tentativas de definição.

Participa do *vivido* em cada tempo. Dai ser um desses conceitos em que a divergência de opiniões constitui material de estudo para os psicobiologistas. As convicções filosóficas dos juristas gregos,

romanos, medievais e contemporâneos refletiam-se e refletem-se nelas. A concepção da vida, a tendência econômica, ressalta em cada um, e tem sido objeto de pesquisas, nos hospitais e fora deles.

(d) Supõe a posse que o poder fático perdure; não basta o tocar, passando; mas, em verdade, pode prescindir de qualquer tocar. Assim, sem razão, aí, R. von Jhering *(Uber den Grund des Besitzschutzes,* 2ª ed.). Quem está sentado em casa de alguém não tem a posse da cadeira. Os servidores da posse não têm posse (Código Civil, art. 487). Tê m o direito de defesa própria, não a pretensão à tutela jurídica; porém nos seus direitos de defesa própria estão incluidos os do possuidor a quem servem (A. von Tuhr, *Der Aligemeine Teu,* II, 2, 587). A relação entre eles não é, ai, jurídica; é social, e não se deve confundir com o direito e o dever jurídicos que acaso existam (cp. V. Bruns, *Besitzerwerb durch Interessenvert reter,* 144 s.). Os regulamentos, por exemplo os militares, procuram defini-la, e ela como que se esgueira, sem se deixar apanhar, ou enche de mais os artigos regulamentares.

O processo possessório é algo de intercalar entre o processo petitório e o processo cautelar. Porém não se há de exagerar o alcance da pesquisa em torno da definitividade do processo petitório e da não-definitividade do processo possessório, tanto mais quanto a sentença no possessório pode ser definitiva no *que ela decide.* O conceito de não-definitividade esvai-se. Por outro lado, nada resolve dizer-se que a ação possessória é direito de ordem processual, ou de natureza processual, com o elemento declarativo de turbação ou do esbulho e o elemento eficacial da execução.

Quando a posse entra no mundo jurídico, devido a algum fato juridicizável de que ela conste, já há fato jurídico e, pois, a eficácia jurídica, no plano do direito material. A ação possessória pode ser concebida como no plano da tutela jurídica (pré-processual), ou no plano da *res in iudicium deducta,* necessariamente material, e naquela. A concepção da ação possessória só no plano do direito processual elide o que se deduz e só atenderia aos remédios jurídicos processuais, o que se não justificaria.

2.

Posse imediata e posse mediata. A posse é mediata quando alguém que não esse possuidor teria a posse imediata (Código Civil, art. 486). O

possuidor imediato, ao contrário do servidor da posse, tem posse e pretensão a que correspondem as açoes possessórias. Há, então, duas posses, sem que uma exclua a outra. Para que isso se dê, basta que, nas relações da vida, se estabeleçam os dois fatos da posse. Exemplo: o usufrutuário, o credor pignoratício, o locatário (Código Civil, art. 486, exemplificativo, verbo "como"), o comodatário, o administrador, o depositário (não o comprador no caso de venda e compra com reserva de domínio; contra, A. von Thur, *Der Aligemeine TeU,* III, 312), o armazém geral, o transportador por convenção, o testamenteiro, o marido, o pai, o tutor. Espiritualiza-se o conceito de poder sobre o objeto, para se separar da posse imediata a mediata. Essa écontemporânea, co-presente, e não simples expectativa para *quan* do *cesse* a posse imediata. O que se cedeu, ou se criou sem se ter cedido, foi a posse imediata; a outra ficou, defende-se, impõe. A volta da outra é que tem o seu momerfto; e volta como elemento integrador, e não como outra posse. Razão por que pode não voltar, se o possuidor imediato a perdeu para terceiro. O que volta é o elemento que se destacou e a fez; não ela. O achador da coisa tem a posse imediata; ou adquire a posse própria. No entanto, pode-se adquirir posse direta antes que o possuidor indireto adquira a sua. O vendedor que no momento de vender aluga a coisa vendida passa a ser possuidor imediato, por força da mudança nas relações entre ele e o comprador.

A justiça de mão própria exerce-se contra o tenedor como contra o possuidor imediato, ou mediato inferior, que esbulha. A legítima defesa também. Assim, a tutela jurídica estatal. De modo que a ação de manutenção, como a de esbulho, é exercível contra o possuidor imediato, que se muda, arbitrariamente, a causa da posse, fazendo-se possuidor mediato de grau superior, ou de grau igual ao que era superior, ou possuidor pleno, ou contra o possuidor mediato que se faz possuidor mediato de grau superior, ou do mesmo grau de outrem, que estava acima, ou contra o tenedor, que se faz possuidor. Pode também dirigir-se contra o compossuidor do mesmo grau que exclui a posse do compossuidor.

No direito anterior ao Código Civil alemão, ao suíço e ao brasileiro, discutia-se se o possuidor (jurídico) podia expulsar o detentor da coisa imóvel. Na L. 12, D., *de vi et de vi arrnata,* 43, 16, Marcelo figurou o caso do colono que não admitia àquele a quem o arrendante vendera o fundo imitir-se na posse (in *possessionem missus esset)* e depois foi posto fora da posse, e perguntou quem teria o interdito *unde vi.* A resposta afirma que nada importava ter ocorrido: tem o colono o interdito *unde vi* contra o terceiro; e o vendedor, que fosse esbulhado,

contra o colono. Idem, Papiniano, na L. 18. Na L. 3, § 3, D., *uti possidetis,* 43, 17, Ulpiano aponta o remédio do interdito *uti possidetis* para que o colono não impeça a entrada do arrendante para reparações no prédio.

No direito de hoje, o possuidor imediato — o colono, o arrendatário, por exemplo — não é o *nada* a que se referia K. Ziebarth *(Die Realexecution und die Obligation,* 16), o tenedor, que o possuidor podia expulsar quando quisesse. O *colonus* romano estava em situação de escravidão parcial (expressão de H. Degenkolb, que A. Exner repetiu). Onde o detentor segundo o direito anterior se tornou possuidor, cessou essa situação de insegurança. Nenhum possuidor mediato pode despejar, por ato próprio, o locatário; tem de ir a juízo. Se bem que possa, em ato de justiça de mão própria, impedir que o locatário derrube o muro, ou faça depositar na casa inflamáveis, que não poderia colocar lá. Quanto ao possuidor imediato em interesse alheio (o representante, o mandatário), a revogabilidade dos poderes não significa livre retomabilidade da posse: se o possuidor imediato, após a revogação, se recusa à entrega, esbulha. A tutela jurídica está ao seu alcance. O art. 502 pode ser invocado, se se compõem, é claro, os seus pressupostos (C.

Alken, Kann *der* juristische Besitzer einer *unbeweglichen Sache den Inhaber aus dem Besitz vertreiben?,* 30 s.).

3.

Medidas constritivas e posse. Os atos de incursão estatal na esfera jurídica das pessoas, tais como as penhoras, os seqúestros, os arrestos, as buscas-e-apreensões pela justiça ou pela policia, não são atentados à posse (sobre essas, V Turma do Supremo Tribunal Federal, 15 de agosto de 1940, RE 87/689). Daí não caber a proteção possessória (Câmara Civil do Tribunal da Relação de Minas Gerais, 3 de novembro de 1923, *RF* 42/303).

O arresto, o seqUestro, a penhora e qualquer outra medida constritiva, que atinja a posse, restringe a posse do arrestado, do seqúestrado, ou do executado, e cria *outra* posse (imediata) ou talvez intercale *outra* posse, ou crie *outra* e a *intercalar;* mas tal restrição e tal criação resultam da legítima incursão do Estado na esfera jurídica dos sujeitos de direito, — desde que o seja na medida em que tais sujeitos estão sugordinados, por lei, a sofrer a incursão estatal.

§ 1.136. Tutela da posse e remédios possessórios

1.

Origem dos interditos. A origem dos interditos romanos prende-se à paz quanto à *terra,* — *à* proteção da pessoa ou das coisas contra a violência e o arbítrio. São marcos, que o historiador ainda vê da ascensão do povo romano, antes de chegar à curva que o levou ao artifício, à depravação, — antes de demonstrar a sua impotência para resolver os problemas humanos que lhe competiam. Dois milênios mais tarde, pôde o homem tentar outras fórmulas da vida, com o *habeas* corpus inglês e as doutrinas sociais dos séculos XVIII e XIX. Longe já se estava dos interditos para a proteção da liberdade e do *status familiae,* da democracia grega e do movimento igualitário cristão. Stõlzel *(Jahrbúcher fúr die Dogmatik,* VIII, 147) tentou provar que todos os interditos protegiam na origem, a pessoa, e só indiretamente a coisa; mas incorria no erro de cindir a pessoa e as suas necessidades, para acentuar aquelas, tal como outros exageraram a proteção às coisas. Os interditos, no fundo, serviam à vida, à vida tal como exsurgia, sem as peias das combinações conceptuais. Nem viam eles a diferença entre res *nullius* e *red res quae alicuius sunt* (L. 1, *pr.,* D., *de interdictis,* 43, 1). No intuito de protegê-lo, tratavam o próprio homem livre como coisa, *res nuilius.* Esse vigor juvenil perdeu-o o direito romano, à medida que a estrutura política se mostrou inábil para prosseguir em suas transformações, continuando na linha que se iniciara com a democracia grega e as primeiras leis de ordem econômica racional, tipicamente ocidentais. Quem quer que estude a ligação entre a proteção possessória e as obras de irrigação compreende o esplendor a que teria chegado o direito romano se o despotismo oriental, os *germes de morte,* não se tivessem encarregado de reduzir a civilização mediterrânea à vergonha dos séculos posteriores, com o alento tardio, logo sufocado, da Renascença. Na ânsia de organizar, rente *à* vida, e inspirado nos interesses comuns, o Romano pensou em usar de interditos, não só por motivo humano como também por motivo de forças naturais, — a fim de regular, por exemplo, os movimentos de cada um por ocasião de inundação do Tibre. O que importava era "resolver", sem barreiras conceptuais, no *plano* dos *fatos.*

As ações possessórias, de que nos valemos hoje, perderam aquele caráter público, social, que tiveram ao nascer.

São puros interditos de direito privado, que acabaram por se adulterar e confundir nos principios comuns do processo civil. Sobre isso, são de se ler C. E Rosshid (Zur Lehre vom Besitz, *Archiv fúr die civilistische* Praxis, 8, 12 s.) e Esquirou de Parieu *(Études historiques et critiques,* 251). Perdeu-se muito daquele cerne moral, daquela cooperação entre o Estado e os homens livres, com que se preparou a grandeza romana; mas já então esses mesmos in terditos denunciavam que o povo percebia a inaptidão dos governantes, da estrutura política. Essa, desde algum tempo, procurava apertar em suas garras os brotos, grego e romano, da organização racional da vida. Quando Ulpiano proclama (L. 2, § 24, D., ne *quid* in loco *publico vel itinere fiat,* 43, 8) que o interdito é só para os campos, porque nos caminhos da cidade os empregados do governo, os funcionários, "vigiam", já se está no Império. E o Império não é o povo, — é a polícia. Roma, que permitia a qualquer cidadão interferir, se a liberdade de um cidadão estivesse ameaçada (L. 3, § 9, *de homine libero exhibendo,* 43, 29), vai ter os prêmios de denúncia, o processo inquisitorial e a delação. Através dos vinte e tantos séculos posteriores, os tempos foram marcados, ora pelos mesmos esforços para a liberdade e o bem, ora pela libertinagem, pela rapacidade e pela violência.

As ações possessórias, de que vamos tratar, têm aquela fonte insigne. Mas são apenas sombras do que foram, —

sombras úteis, que ainda amparam o colono pobre das distantes terras do Brasil, se o juiz conserva dentro do seu caráter a visão política do Pretor. Elas e o *habeas corpus,* de origem inglesa, são o que lhe resta do século, dentro da obscura instabilidade do tempo presente.

2.

Interdicta retinendae possessionis. As *interdicta retinendae possession* is, assim chamados, em conjunto, desde a época imperial, não tinham a pureza de reter, de manter, que hoje lhe atribuímos. A ganga dos interditos ainda conservava, nos remédios interditais, algo do elemento recuperatório. Esses sentidos precisos, distintos, não vêm cedo; são obra de~técnica. Não eram eles ações de delito, como pensara o jovem E von Savigny, em *Das Recht des Besitzes,*

§ 37. Provaram-no E L. von Keller, A. von Vangerow, especialmente, Hermann Witte (Das Interdictum uti possidetis, 40) e K. A. Schmidt

(Interdiktenverlahren, 196), R. von Jhering *(Ciber* den *Orund des Besitzschutzes,* 2ª ed., 17) e C.

O. Bruns *(Die Besitzklagen,* 46). Savigny não distinguia o simbolo vivo e o símbolo modo, a que a psicologia contemporânea dedicou estudos diretos. Mas A. Exner, antes dela e dos psicopatologistas, pesquisara, a respeito da posse, com finura, a "violência imaginária" (Die imaginâre Gewalt, *Zeitschrift der* Savigny-Siftung, parte romanística, VIII, 167). 3. Reintegração. Reintegrar na posse é expressão com que nos referimos, hoje, à récuperação. Recuperar é recaptar, é *re-cipio, re-capio* (K. Brugmann, Grundriss *der vergleichenden Oram matik,* 2ª ed., 1, 224; Lindsay, *Die lateinische Sprache,* trart. Nohl, 561); não, do mesmo étimo que reparar, como pretendiam Meunier *(Mémoires,* 1, 412) e M. Bréal *(Mémoires,* V, 27), menos ainda, de *re-cupro, cupio* (Vanicek, *Etymologisches Wôrterbuch,* 50).

Reintegrar alude, no texto, à *actio* spolii, aos *redintegranda* do direito canônico. O *remedium ex* canone *Redintegranda* vem do (falso) trecho de Isidoro, que Graciano metera na Decretal, sobre a *exceptio dou,* e lido pelos juristas como referente à *acho.* De modo que a falsificação jurídica foi além do falsificador. A. C.O. Bruns *(Das Recht des Besitzes,* 163 s.) deve-se o esclarecimento do direito que com tal fonte se formou. Seja como for, a ação passou a ser usada contra o terceiro que fosse conhecedor da espoliação (R. von Jhering, *Der Besitzwille,* 459).

4. *Força nova e força velha.* A lei processual regula a forma de processo da ação de manutenção ou de reintegração, se proposta *dentro* de ano e dia, a contar da turbação, incluído o dia *a quo (oliter,* Código de Processo Civil, art. 184). É

isso que significa "quando intentado dentro de ano e dia da turbação ou do esbulho". É a *força nova,* a violência ainda recente. A Ordenação do Livro 111, Titulo 48, *pr.,* dizia: "se tais demandas começarem antes de ano e dia do dia que a força se disser ser feita." E o § 1: "que se diga ter feita, antes que passe ano e dia, depois que foi feita." E o *intra* annum ou o *annus* in *hoc interdicto utilis est,* não contado o dies *a quo* (L. 1, *pr.,* e § 39, D., *de vi et de vi armata,* 43, 16). Meio Freire *(Institutiones,* IV, 77) pôs claro que a Ordenação do Livro III, Título 48, *pr.* e § 1, se aplicava à ação de manutenção e à de recuperação. O Código Civil, art. 523, considerou de direito material o preceito sobre o ano e dia. Isso ao tempo da dualidade de legislação. Depois, o Código de 1939, art. 371, com o agora, o Código de 1973, art.

924, repetiram-no. Estudos posteriores, que fizemos, convenceram-nos, ainda mais, de que o prazo é de direito material, e não processual, confirmando-se o que disséramos em 1918 (ed. de Correia Teles, *Doutrina das Ações,* 210). Se é cedo que o interdito recuperatorio nasceu com o prazo, que o *interdictum de* vi *armata* prescindia dele, e só a evolução posterior os fundiu, e que o prazo passou às ações de manutenção, isso não basta para nos persuadir de que o prazo concernente à manutenção e à reintegração seja de direito formal.

Os remédios juridicos processuais nascem, por vezes, como complexos de incidência (regras jurídicas criadas) e de aplicação (processo), de modo que ao tempo posterior cabe distingui-las.

No art. 499 diz-se: "O possuidor tem direito a ser mantido na posse, em caso de turbação, e restituido, no de esbulho." Poderia parecer que só se têm as duas ações, a de manutenção e a de esbulho. Em vez disso, há a pretensão à manutenção sumariissima do art. 500 e a pretensão à cominação segundo o art. 501. Se tem *direito* à posse, cabe-lhe a ação do art. 521. Também é possessória a ação de embargos de terceiro se só se alega posse ou no em que se alega posse.

(a) Tudo gira em torno da firmeza da *ação ordinária,* explícita no Código Civil, art. 523, 2ª parte, e no Código de 1973, art. 924, 2ª parte, e implícita no Código de Processo Civil de 1939, art. 371. Ora, E von Savigny considerava-a delitual e a sua opinião foi repelida; C. G. Bruns (Die *Besitzklagen,* 50) manteve a concepção de ser a mesma ação de tur~ação; R. von Jhering *(Uber* den *Grund des* Besitzschutzes, 2ª ed., 93) pôs em foco, com certo exagero, a declarativídade, a prejudicialidade da ação ordinária. Houve quem visse a diferença antes de R. von Jhering: o

jurisconsulto João Rodrigues Cordeiro, em 1713, nas suas *Dubitationes Iuris* (d. 40, nº 33 s.). Tocou o cerne do assunto ao mostrar que a pretensão mesma estava interessada, e não só a forma de processo, tanto que o foro havia de ser o do réu, e não o da coisa, como se dá com as ações de manutenção e de reintegração do art. 924. Mais: Cordeiro sustentou, antes de F. von Savigny, que o ordinarium (denominação medieval) era a pretensão possessória romana, porém observou ter havido a evolução posterior, germânico-canônica~ — com exatidão, a ponto de ter feito enumeração das diferenças entre a força nova e a força velha. Em Manuel ÁlVares Pêgas *(Resolutiones*

Forenses, VII, 10) fala-se de julgado de ação velha em 1660, e o jurista discorre sobre distinções de ordem material. Percebeu, não o que havia de petitório na ação de força velha (tese falsa de Delbrück, em 1857), porém — como R. von Jhering, depois — a declaratividade.

O processualista, na determinação da forma, pode satisfazer-se com a simples distinção entre ano e dia e ano e dois ou mais dias. O civilista, não. Nem o próprio processualista atendeu aos dois momentos mais graves da cognição: o de *determinar a competência* e o de *sentenciar*. Porque não se há de propor a ação de força velha fora das regras juridicas da competência pelo domicilio, ou, na falta desse, pela residência, o próprio esbulhador tem direito a ser mantido (Código Civil, art. 508), até ser convencido pelos meios ordinários, o que supõe ação de cognição completa, executivo-condenatória, com elem foraento declarativo, não tanto, é verdade, como pretendia Rudolf von Jhering.

Os arts. 508 e 523 do Código Civil foram obra posterior ao Projeto primitivo, estranhos ao pensamento de Clovis Bevilacqua. Vieram do Projeto revisto. A diferença do anterior Código Civil português, art. 489 (e é típica a discrepância), que remeteu o possuidor ofendido, que perde o prazo, para o petitório, os arts. 508 e 523 entenderam que a pretensão continuava de natureza possessória.

As ações possessórias são processadas durante as férias judiciais, *de lege ferenda* (cp. art. 173 do Código de Processo Civil); mas a regra, que a legislação sobre organização judiciária contenha, somente se entende para as ações interditais dos arts. 924, 1ª parte, e 932 do Código de Processo Civil, e não para as de força velha.

Quanto à ação e à sentença, na ação ordinária, são ambas de forte elemento executivo, tal como o das ações e sentenças do art. 924, 1ª parte do Código de Processo Civil, mas compensado pelo elemento declarativo que cresce a ponto de, em certos casos, ter eficácia material de coisa julgada a sentença. A diferença técnica está na deslocação de execução, que se adianta, nas ações do art. 924, lª parte do Código de Processo Civil, e de regra depende, se não se versa hipótese da antecipação prevista no Código de 1973, art. 273, da cognição completa, na ação ordinária.

O seqúestro, a que se refere o art. 507, parágrafo único, 2ª parte, in f *ine,* do Código Civil de 1916, tem por pressupostos: *a)* não estar em

exame posse de, pelo menos, ano e dia; *b)* haver dúvida para todas as postulações de posse (= inexistência ou dúvida sobre os títulos ou titulo, dúvida sobre qual a mais antiga das posses, dúvida sobre a existência de posse atual ou sobre qual seja a posse atual). Tal sequestro dura enquanto não se decide haver "melhor" posse, ou não se mantém ou reintegra, em remédio juridico adequado, o possuidor. Aí, a lei criou o sequestro, sem substituibilidade, pela caução. Para se relaxar o sequestro, tem de ser respeitada a competência do juiz que o decretou, ou provir de via recursal a decisão. Também pode ser decretado o sequestro se, antes da decisão, for provável a ocorrência de atos que possam causar lesões, de difícil e incerta reparação, ao direito de uma das partes (Código de Processo Civil, art. 798). Tal sequestro nada tem com o sequestro que a lei determina fazer-se com fundamento no art.

507, parágrafo único, „2ª parte, in une, do Código Civil. Ambos são medidas cautelares, mas aquele provê à necessidade de prevenção devido à perplexidade do juiz, e esse, a outros dados da vida que a perplexidade.

(b) Além dessas ações, existe a *ação de declara* ção *da posse,* ação declaratória típica segundo o art. 4ª, 1, do Código de Processo Civil (K. Hellwig, *Lehrbuch,* 1, 206, e II, 239). Essa não tem a preponderância do elemento condenatório, nem o elemento executivo aparece. Daí depender de ulterior ação de condenação a execução, ou de alguma ação possessória (executiva *lato sensu),* ou do exercício da preceitação na ação condenatória cominatória (sob o direito anterior, art. 302, XII, do Código de Processo Civil de 1939).

(c) A ação do art. 500 do Código Civil é a do *possessorium sumariissimum* medieval, nascido na Itália, Espanha, Portugal, França e Alemanha, no século XIII. Ação de cognição incompleta, superficial, com intuitos de paz imediata, pela manutenção da *niomentarea possessio.* Quanto à existência desse remédio no direito anterior ao Código Civil, estava a favor Manuel de Almeida e Sousa *(Tratado* dos *Interditos,* 109-120); contra Antônio Joaquim Ribas *(Da Posse,* 251-257). Não há dúvida que o prático de Lobão prestou grande serviço em mostrar que advogados e juizes estavam a confundir os dois institutos de proteção à posse e a aplicar a um o que concernia a outro. Diríamos hoje: confundindo a cognição superficial das ações do art. 371 com a *interina.* Aliás cedo fora o julgado de Antônio de Sousa de Macedo *(Decisiones* 163-166), no caso de duas partes que se diziam possuidores por adição da herança, sem se poder determinar "quem

primeiro tomou posse." Antônio de Sousa de Macedo entendeu que se devia ou manter quem corporalmente possuísse, ou sequestrar a posse. Assim, estariam evitados a rixa e o escândalo. Parece que havia causa criminal, e Macedo anotou que nenhuma influência tinha na causa cível. Não eram, portanto, só doutores estranhos que cogitavam do *possessarium summariissimum,* como parecia a Antônio Joaquim Ribas e Correia Teles.

Que se não usava mais, era outra questão.

Hoje, está no art. 500 do Código Civil; e pode ser usada a forma sumária dos arts. 926-930 do Código de Processo Civil, porque a diferença é de cognição, superficial nas ações dos arts. 926-930 e interina no *possessorium summariissirn um:* o pedido dirá de qual ação se trata. *Summatim cognoscere,* dizia Álvaro Valasco *(Decisionum Consultationum,* II, 461 e 462); tal o que ocorria em tal remédio, chamado *interim* em Espanha; apenas em Portugal se preferia seqUestrar, por ser o sequestro mais eficaz no aplacar as rixas, do que a posse interina.

§ 1.137. Juízo dúplice

1. Se *há duplicidade da ação de manutenção;* actio duplex. No plano do direito processual, a *actio* era *acho simplex* ou *actio duplex.* O Princípio assente é o de que o exercício da pretensão à tutela jurídica, com a *voca tio* in *ius,* não implicava que o vocado se fizesse autor: a relação juridica processual é em ângulo (autor, Estado; Estado, réu), porém a relação não é reciproca. Daí poder o juiz absolver o réu, porém não condenar o autor Para que se pudesse e se possa condenar o autor era e é preciso que o réu haja exercido, de um lado, a pretensão à tutela jurídica, no direito anterior, reconvindo. Hoje, basta a contra-ação inserta na contestação (art. 922 do Código de 1973)-

Todavia, nos *interdicta retinendae possessionis* (L. 10, D., finium *regundorum,* 10, 1; L. 37, § 1, D., *de* obligationibus *et* actionibus, 44, 7), a fórmula permitia que se chegasse à condenação do autor. Tudo dependia, portanto, da concepção da fórmula (cf. E. Windscheid, *Die* Actio *des rômischen Civilrechts,* 27, nota 3; *Abwehr,* 40

5.; E von Savigny, *Sys tem,* VI, 328-330; principalmente, E. Ecl□, *Die sogennan tem doppelseitigen Nlagen,* 68 s. e 141 s.). As *actiones duplices*

só o eram devido à concepção da fórmula. Outro é o problema quanto ao direito brasileiro de hoje. ~Existem no direito moderno *actiones duplices?* A questão foi assaz discutida para o direito comum e para cada um dos sistemas juridicos. Escusado éadvertir-se que se tem de pôr no terreno do direito processual e devemos abstrair do que se argumentava no direito comum.

O primeiro argumento que se traz a favor de ser *duplex* a ação de manutenção de posse é o de assim terem entendido, no direito anterior, alguns juristas, *e.g.,* Lafaiete Rodrigues Pereira *(Direito das Coisas,* § 19, 61): "Esta ação pertence à classe das *duplas* ou *mistas* (iudicia *duplicia),* isto é2daquelas ações em que o autor pode se tornar réu, e o réu autor; o que em relação ao presente interdito ocorre de dois modos: *a)* ou quando o réu prova que é ele quem efetivamente está na posse, caso em que deve ser mantido nela, sendo o autor condenado como turbador; *b)* ou quando prove que relativamente a ele a posse alegada pelo autor é viciosa, hipótese em que o autor, sendo reputado esbulhador, écondenado a restituir-lhe a coisa" (cf. Corte Suprema, 15 de maio de 1936, *Ai* 43/366; 3ª Câmara do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 12 de setembro de 1941, *RF* 89/140; 5ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 15 de outubro de 1948, 177/868; 1ª Câmara, lª de outubro de 1950).

Um dos argumentos a favor da duplicidade da ação era tirado da regra jurídica ém que se fala de poder ser condenada à indenização de perdas e danos qualquer das partes (1ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, lã de agosto de 1950, em José G.R. de Alckmin, *Repertório de Jurisprudência,* 1, 130 s.).

Foi um pouco longe no conceituar a duplicidade a Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 17 de dezembro de 1926 *(RT* 63/276), quando interpretou que a sentença que julga improcedente a ação possessória cria ao autor vencido dever de não mais ir contra o réu. Apenas não se lhe deferiu a petição. A duplicidade somente pode haver se foi alegado e provado da parte do réu que tinha posse. A discussão em torno de ser dúplice o juízo é no sentido de se saber se é dúplice, ou não no é, isto é, se se precisa alegar e provar em contrariedade que se tem posse, ou se é preciso que se venha com a reconvenção. Não se dispensam de modo nenhum a alegação e a prova, como se a duplicidade fosse *de iure,* o que não está nos princípios.

2.

Exceção de posse viciosa. A chamada *exceção de posse viciosa* é relativa ao autor ou ao réu, pela duplicidade do juízo (2ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 3 de fevereiro de 1947, *RF* 113/157); porque, conforme já expusemos, a viciosidade é relativa, e não *erga omnes.* O art. 504 é regra juridica de legitimação passiva.

§ 1.138. Remédios processuais e posse

1.

Mandado de segurança e ação possessória. Com o surgimento do mandado de segurança tem-se levantado a questão de caber a ação possessória se *também* caberia mandado de segurança, ou vice-versa A Câmara Civil da Corte de Apelação de Minas Gerais, a 11 de março de 1936 *(RF* 67/155), chegou, certa vez, a dizer que, com a criação do mandado de segurança, não há mais razão para se estender o remédio possessório à defesa contra atos da administração pública que não ofendam a posse do particular sobre coisas corpóreas ou direitos reais .... Primeiro, o mandado de segurança cabe por ser ilegal o ato administrativo e ter havido ofensa a direito, qualquer que seja, e a alegação de posse não éalegação de direito, de jeito que só a proteção possessória pode ser invocada. Segundo, não é verdade que a ação possessória se prenda à coisa ou direitos reais, simplismo que destoa da lei e da doutrina. Se o autor argúi que houve apreensão ilegal de objetos de sua propriedade a pretexto de se proibir jogo ou de se reprimir jogo proibido, claro que não é de ação possessória que se há de tratar, e o mandado de segurança é o indicado (cf.

Supremo Tribunal Federal, 12 de maio de 1942, *RF* 99/76); não assim se apenas se alega posse (com razão o voto vencido do Ministro Orosimbo Nonato ao acórdão citado). Acertadamente decidiu a Câmara Civil do Tribunal da Relação de Minas Gerais, a 5 de novembro de 1932 (59/382): "Embora precário o estado de um prédio, não pode a Prefeitura, por si mesma, demoli-lo, sem recorrer, na falta de assentimento do proprietário, ao Poder Judiciário. Se o faz, o proprietário pode recorrer à proteção possessória." Ainda a fl Câmara da C~te de Apelação de Minas Gerais, a 1ª de setembro de 1934 *(AJ* 32/257): "O que ao poder municipal compete é impor multas aos infratores de seus regulamentos de veículos, para cuja

cobrança já goza do privilégio da ação executiva fiscal, não se lhe podendo reconhecer o direito do fazer justiça por si próprio, lançando mão de meio coercitivo que é a apreensão da coisa por tempo indeterminado, ou até que o infrator satisfaça as multas ou exigências de seus regulamentos. Autos sucessivos de infração e execução imediata das penas são as medidas eficazes com que a lei arma a ação do poder público, que por meio delas fará cumprir e respeitar os seus regulamentos protetores da incolumidade pública. Ir além, praticando um seqüestro administrativo desconhecido pela lei, sem forma nem figura de juízo, importa levar a efeito uma violência que, consistindo na ilegal retirada da coisa da posse de seu proprietário, fere direito real e caracteriza esbulho típico, defensável pela ação de força nova espoliativa. Consumado o esbulho, feita está à posse moléstia que justifica o remédio possessório, pouco importando que o esbulhador tenha ou não o ânimo de possuir. Este só seria de se indagar no interdito de manutenção, não, porém, diante do esbulho já praticado, pois que a perda só da posse por ato violento de outrem fundamenta o interdito reintegratório. Nesse sentido, aliás, é a jurisprudência." Outro exemplo tem-se na abertura de estrada por terras alheias, sem prévia desapropriação (Câmara Civil do Tribunal de Apelação de Minas Gerais, 17 de julho de 1939, *RE* 81/183). Em geral, o Tribunal de Justiça do Paraná, a 16 de novembro de 1948

(Ri 48/476). Certamente, onde não há pensar-se em posse não se há de invocar proteção possessória *(e.g.,* para direitos de personalidade, ou para liberdade de comércio, cf. fl Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 17

de agosto de 1948, *RF* 121/534). A 2ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 26 de abril de 1929 *(RT* 70/415), julgou "procedente ação de manutenção de posse contra o poder público municipal que, sob pretexto de consertar estradas públicas, invade terrenos particulares, violando o domínio e a posse do proprietário marginal."

A 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, a 15 de maio de 1940 *(RF* 87/689), disse que a ação possessória não é a própria para se reclamar dinheiro apreendido pela polícia. Tal dinheiro éapreendido e individualizado para que perca, transitoriamente, a fungibilidade, de modo que, se é ilegal o ato da policia, ou ainda, contrário à Constituição nada obsta a que se apure isso no processo da ação possessória, tanto mais quanto nenhum ato do poder público, que fira direitos individuais, pode ser subtraído àapreciação judicial (Constituição de 1988, art. 59, XXXV). Não ficam bem à justiça essas proposições demasiado gerais que não correspondem a estudo do

direito que ela tem de aplicar, mencio -

nando textos ou principios não-escritos. Outro exemplo de tais generalizações desabusadas deu a mesma 1ª Turma, a 17 de novembro de 1941 (90/403), quando lançou que não pratica ato de esbulho a administração de estrada de ferro que, cercado o leito da linha, impede a saida do imóvel que lhe fica paralelo e tem acesso por outra rua. Pode ser que a saída, que se fechou, tenha sido saída para ma, e as estradas de ferro não podem fechar, diminuir, ou cortar ruas. Se o imóvel em que há construção tem frente e fundo, não podem as estradas de ferro obstruir a saída pela frente, forçando os proprietários e possuidores a tornar frente os fundos da casa.

Absolutamente fora dos princípios foi o acórdão das 4ª e Cãmaras do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 14 de dezembro de 1932 *(RT* 87/618), que, discutindo poder, ou não, ser proposta ação possessória contra o Estado, quis distinguir direitos pessoais e reais. E levar muito longe o desconhecimento da teoria da posse.

2. Ação *de demarcação e posse.* Não é óbice à propositura da ação possessória (= não há eficácia de litispendência) existir ação de demarcação entre os contendores.

A 3ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 22 de março de 1939 *(RF* 78/522), aventurou que, pendente ação de demarcação, petitória, não pode qualquer das partes intentar ação possessória, mas sim oferecer artigos de atentado. Sem ra750; a demarcação é, ex *hypothesi,* quanto à propriedade, e o que ocorre entre os possuidores Iimitrofes não importa *à* solução da causa, salvo se ocorre a espécie do ari. 570, 1ª parte. Nessa espécie, os artigos de atentado cabem, porém não se exclui a ação possessória, nem, sequer, a invocação do ari. 502 (legítima defesa e justiça de mão própria).

3. *Confusão de limites.* O fato de se acharem confusos os limites de dois ou mais prédios não obsta a que o possuidor de um deles proponha ação possessória contra o outro possuidor, alguns, ou todos os outros possuidores (6. 3ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 22 de abril de 1931, *RT* 79/351).

4.

Justificação administrativa da posse. O fato de ter sido o imóvel considerado terra devoluta e estar o possuidor justificando, administrativamente, a posse, não é óbice a, em caso de esbulho, ou turbação, defender-se em juízo (39

Grupo de Câmaras Civis do Tribunal de Justiça de São Paulo, 24 de outubro de 1947, *RT* 171/197), ou de acordo com o art. 502.

Capítulo VIII

Processo das Ações Sumárias de Turbação e de Esbulho

§ 1.139. Eficácia das duas ações possessórias

1. *Natureza das duas* ações *segundo* a eficácia. Diz o art. 924, 1ª parte, do Código de Processo Civil: "Regem o procedimento de manutenção e de reintegração de posse as normas da seção seguinte, quando intentado dentro de ano e dia da turbação do esbulho". Estatul o art. 926: "O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação e reintegrado no de esbulho". Lê-se no art. 927: "Incumbe ao autor provar: 1 - a sua posse; 11 - a turbação ou o esbulho praticado pelo rêu; 111 - *a* data da turbação ou do esbulho; IV - a continuação da posse, embora turbada, na ação de manutenção; a perda da posse, na ação de reintegração". Diz o art. 928: "Estando a petição inicial devidamente instruída, o juiz deferirá, sem ouvir o réu, a expedição do mandado liminar de manutenção ou de reintegração; no caso contrário, determinará que o autor justifique previamente o alegado, citando-se o réu para comparecer à audiência que for designada". Parágrafo único: "Contra as pessoas juridicas de direito público não será deferida a manutenção ou a reintegração liminar sem prévia audiência dos respectivos representantes judiciais". Estabelece o art.

929: “Julgada procedente a justificação, o juiz fará logo expedir mandado de manutenção ou de reintegração”. Prevê o art. 930: “Concedido ou não o mandado liminar de manutenção ou de reintegração, o autor promoverá, nos 5 (cinco) dias subseqúentes, a citação do réu para contestar a ação”. Parágrafo único: “Quando for ordenada a justificação prévia (art. 928), o prazo para contestar contar-sei da intimação do despacho que deferir ou não a medida liminar”.

(a) Das ações interditais no prazo legal, — a de manutenção, chamada durante muitos séculos pelos juristas portugueses m *andatum de rnanutenendo,* é ação de mandamento, e não ação condenatória, ou executiva *lato sensu,* à base de cognição inicial incompleta, superficial; a condenação, essa, já se opera depois do *mandado,* de modo que esse elemento aflui. Alguns juristas a tiveram como de cognição incompleta interina, confundindo-a com o *surnrnariissirnum* medieval do art. 500 do Código Civil.

Diferente é a ação de reintegração.

As ações possessórias têm sido descuradas nos estudos de direito processual contemporâneo, já depois de se haver iniciado a pesquisa científica do processo. Não há, verdadeiramente, investigações como as que suscitaram as ações declarativas e as constitutivas. A ação de manutenção de posse e a de reintegração são tratadas sem se atender ao exato lugar que lhes cabe — e não éo mesmo — na classificação das ações e das sentenças, segundo a respectiva eficácia.

Na ação de manutenção há forte elemento declarativo, mas o elemento executivo é ínfimo: “mantém-se”, apenas; não se procede a qualquer expropriação, em senso lato, não se invade a esfera juridíca do terceiro. Na ação de reintegração, o elemento condenatório cresce, o de execução passa à frente do declaratório e do próprio elemento mandamental. A sentença que reintegra *executa.* O mandado é, aí, meio ou instrumento da execução. De modo que, classificadas as ações pela preponderância da eficácia, como devem ser as ações de manutenção são m *andarnen tais;* e as ações de reintegração, *executivas.* As sentenças, naquelas, supõem declaração da existência da posse, no que se distinguem das ações cautelares de arresto, de seqúestro e de busca e apreensão, por exemplo, em que o elemento declarativo é fraco, mas o *mandado* é o elemento superante da eficácia, sem que haja entrada na esfera jurídica de outrem que

pudesse reduzir o *mandado* a simples meio para a *execução.* As sentenças nas ações de reintegração retiram o que se achava com o réu e entregam-no ao autor, o que perfaz a figura da execução. O mandado serve a isso; o mandado, com a simples declaração, não exauriria a eficácia preponderante da sentença. Porque não prestaram atenção a essa diferença essencial de preponderância do elemento mandamental ou do executivo, os juristas, ainda os que mais recentemente escreveram na Europa, não conseguiram exata classificação das ações possessórias de manutenção e de reintegração. Não há *Executo!* na manutenção: há-o na reintegração. Nem *Immito!:* há isso, sim, na ação de imissão na posse (sob o direito anterior, art. 381 do Código de Processo Civil de 1939).

(b) As dificuldades de classificar as ações possessórias (reais ou pessoais?) levaram os interpoladores a meter na L. 1, § 3, D., *de interdictis* sitie extraordinariis actionibus, quae *pra his competunt,* 43, 1, essa irritante contradição: *Interdicta ornnia, licet in rern videantur concepta, vi tamen ipsa personalia sunt* ("Todos os interditos, embora reais, são pessoais").

As ações possessórias de rito ordinário em que não haja antecipação da tutela, isto é, sem mandado inicial, deslocam para a sentença final a *força* específica.

Afirmaram que as ações possessórias não são reais, errada-mente, o Tribunal da Relação de Minas Gerais, a 16

de setembro de 1928 *(RT* 72/150), a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná, a 16 de novembro de 1950 *(RI* 53/134) e a Câmara Cível do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 23 de julho de 1942 *(RT* 140/577). Certa a Câmara Cível do Tribunal de Apelação de Minas Gerais, 2 de fevereiro e 15 de junho de 1939 *(RF* 78/547). A ação de indenização, essa, sim, é pessoal, e prescreve no prazo legal (cl. C.G. Bruns, *Die Besitzklagen,* 260-263). O interdito *unde* vi era onuo. Havia a *exceptio tem poris.* Depois, o prazo preclusivo passou a ser de um ano e dia (Código Civil, art. 523). A ação possessória ordinária rege-se por princípios posteriores ao direito romano.

A ação possessória de força nova está sujeita ao prazo preclusivo de um ano e dia (art. 924 do Código de 1973).

A ação Possessória de força velha prescreve em dez anos, entre

presentes, *e* em quinze, entre ausentes (Código Civil, art. 177). É ação real (Manuel de Almeida e Sousa, *Tratado* dos *Interditos,* 217), porque é situação real a posse (cf.

Martin Wolff, *Lehrbuch,* III, 11).

As ações executivas ou são pessoais ou *reais.* Quando o titular de algum direito real de garantia exerce ação executiva para extração do valor do bem gravado, a ação dele é real. Não assim a ação do portador da letra de câmbio, da nota promissória, ou da duplicata mercantil. A ação do portador do cheque é real. Real é a ação do podador do conhecimento de depósito ou do *warrant,* ou da letra hipotecária, ou da cédula real hipotecária ou pignoratícia.

As ações executivas ou são *restitutivas* (vindicatórias, possessórias de reintegração ou restitutivas), ou *extrativas de valor.* Nos direitos reais de garantia, por exemplo, a ação executiva hipotecária e a ação executiva pignoratícia são extrativas do valor do bem gravado, e ação do titular do direito de anticrese é só restitutória, vindicativa ou possessória.

As ações de reintegração são *ações executivas reais.*

(c) A se haja argoido invalidade; nem de decisão desfavorável à ineficácia. A decisão, na êxceção de domínio, apenas declara que há relação de propriedade, e o proprietário, acusado de espoliador, tomou posse do que é seu, enquanto não se prova que o titulo énulo, ou ineficaz, ou enquanto não se lhe decreta a anulação. A maior delicadeza do assunto é respeito a bens móveis. Mas o juiz, para se render á prova de que, se o réu tomou, tomou coisa sua, precisa estar diante de provas feitas nos autos mesmos, ou na exceção, com o requerimento mesmo em que se opôs. Em verdade, essa “exceção” é pedido de declaração da relação jurídica de propriedade, ação metida, *ope exception is,* no processo possessório. E ação, e obsta a que se restitua ao autor de posse duvidosa, ou ao réu, de posse duvidosa, não-dono, *contra dominum verum.*

omnia restituendus teoria tradicional djstinguia na posse dois elementos: o corpus e o *anirnus.* O Código Civil alemão, rompendo com a tradição, não teve mais em conta o elemento *volitivo* ou *intencional,* na noção da posse: o seu § 854 proclamou, em termos gerais, que a posse de uma coisa se adquire pela obtenção do poder de

fato sobre essa coisa. Noutros termos: o poder de fato sobre uma coisa, quer ele tenha sido qua *rido,* quer *não,* é posse. Alguns comentadores pensavam que a teoria do *animus domini,* tal qual a concebia E von Savigny, se achava na noção da posse em nome próprio ou a título de proprietário, definida no § 872:

possuidor a *título de proprietário* não é outro que o possuidor com *animus domini.* Mas Jakob Auerbach *(Merkmale und Bedeutunq des Eigenhesitzes,* 14 s.) demonstrou que não há no Código tal retorno à velha doutrina do *animus domini:* o caráter de posse a titulo de proprietário se deduz, não do *animus* ou vontade subjetiva do possuidor, mas de circunstâncias exteriores nas quais a posse se estabelece, O que imprime à posse o caráter de em nome próprio é a *causa* possessionis, em se tratando de móveis, ou em se tratando de imóveis.

(d) Em virti.de da saisina, a posse passa aos herdeiros do decujo (Código Civil, art. 1.572). As ações que têm por fito satisfazer a pretensão a essa posse são ações *declarativas* (K. Hellwig, *Lehrbuch,* II, 239), ou ações de turbação, esbulho ou ameaça, classificáveis segundo a sua espécie. Nas ações declarativas fundadas no art. 1.572 do Código Civil, a situação jurídica do réu é semelhante à do possuidor da coisa que se acha, sem ameaça, turbação ou esbulho, em terreno ou casa pertencente a outrem.

2. *Elemento condenatório.* O elemento condenatório não chega a ser de ação delitual. As sentenças proferidas em ação possessória têm efeitos materiais de coisa julgada, *mas sujeitas* à *mudança das circunstâncias.* Cf. notas dos *Comentários* ao art. 471, 1, do Código de Processo Civil.

A ação de reintegração de posse é de pesos eficaciais 3 (declarativiclade), 1 (constitutividade), 4

(condenatoriedade), 2 (mandamentalidade) e 5 (executividade, com ou sem adiantamento).

A ação de manutenção de posse é de pesos eficaiais 4 (declarativiclade), 3 (constitutividade), 3

(condenatoriedade), 5 (mandamentalidade) *e* 1 (executividade).

A mediatação do fato dessas diferenças *e* a consideração das suas consequências são assaz relevantes para o conhecimento das duas ações, na teoria *e* na prática.

3. *Cognição incompleta.* A cognição é incompleta, superficial; portanto, tem de ser cognição "desde logo", para o efeito da concessão, ai *anterior* à contestação. As duas fases, a do processo executivo condenatório superficial e a do processo condenatório definitivo, ressaltam a olhos vistos (sentenças dos arts. 930 e 931 do Código de Processo Civil).

Adiantou-se a prestação jurisdicional; depois, confirma-se, ou não. Aí a ação é sempre executiva *lato sensu* e, em parte, condenatória.

O acórdão da 2ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, de 9 de junho de 1942 *(RT* 140/513), embora confesse inferir-se da lei o *princípio da inalterabilidade até à sentença,* diz que em casos especiais, é recomendável a revogação! Absurdo. Os juizes são adstritos às regras processuais. Têm momentos para a cognição ou para as cognições. Não podem dar *e* desdar àvontade, nem têm arbítrio para revogar no momento *x* em que se desconvenceram.

4.

Legitimação ativa. Se o autor do esbulho, ou da turbação, éabsolutamente incapaz, a ação há de ser proposta contra o representante legal. Se é relativamente incapaz, a ação tem de ir contra ele, com a assistência do titular do pátrio poder, tutela ou curatela. O acórdão da V Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 16 de fevereiro de 1931 (RT 17/515), que admitiu a ação contra o titular do pátrio poder, por ser "responsável pela vigilância do mesmo, máxime tendo havido reclamação por parte do ofendido", foi contra os princípios.

A ação possessória é ação real. O cônjuge, para intentá-la, disse-se no direito anterior, precisava de assentimento do outro (T" Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 29 de junho de 1948, *1ff* 176/175); no direito atual, estatui o Código de 1973, art. 10, § 2ª a participação do cônjuge do autor somente éindispensável nos casos de composse ou de ato por ambos praticados.

Autores, então são ambos os cônjuges. Um não tem de *assentir.* Ambos têm de *consentir.* A figura jurídica, então, é a de co-litigantes, e não a de litigante com assentimento do cônjuge. Se há julgamento favorável, vencem os dois; se é desfavorável o julgamento, perdem os dois.

A pretensão à proteção possessória que tem o possuidor imediato ou o possuidor mediato não-próprio é independente da pretensão do possuidor próprio. O depositário, a que se turbou ou esbulhou a posse, tem a ação possessória, sem precisar de qualquer colaboração do dono da coisa ou de quem o nomeou depositário.

O herdeiro pode reclamar de quem, em virtude de invocação de direito de hnºança, que não existe, adquiriu a posse, que lha restitua. Reclama o direito *mais* a posse. Reclama-se a *universitas iuris.*

Reclamando a *universitas iuris,* não importa se o que nela se acha é suscetível de posse ou não; porque a herança, por si e bem imóvel (art. 44, III; cf. L. Arndts, *Gesammelte civilistische Schriften,* li, 480; R. Leonhard, *Der Erbschaftsbesitz,* 12; sobre a dificuldade da construção, A. Leinweber, *Die* hereditatis petitio, 7; J. Schaeffer, *Vergleich zwischen Sachbesitz und Erbschafts* besitz, 14 s.). A ação é real, ainda que haja elementos obrigacionais como bens da *universitas iuris* (R. Leonhard, *Der Erbschaftsbesitz,* 148; E. Strohal, *Das deutsche Erbrecht,* 2ª ed., 551; G. Planck, *Kommentar,* V, 223). A sentença não tem efeitos contra pretendentes da herança que não foram partes.

5.

Servidor da posse, legitimado passivo. O poder fático que exerce o servidor da posse não é posse, isto é, não é o poder fático, a que se chama posse. Há o *alter,* que é o possuidor. Todavia, esse poder fático para outrem aparece como posse sem no ser, porque, de regra, consiste em exercício da posse (cf. W. Hess, *Der Besitzdiener des* § *885*

BGB., 29; B. Oppenheim, *Begriff und Stellung des Besitzdieners,* 18 5.); mas a concepção social do poder fático atende ao que em verdade é, e não a aparência, de modo que se limita o conceito, atendendo-se àrelação fática entre duas ou mais pessoas que se distribuem o poder fático em posse e serviço da posse. Não há uma só espécie de serviço

de posse, de modo que o próprio poder f ático que se deixa ao servidor da posse *varia* (cf. M. Ungerer, *Der Schutz des Besitzes,* 23, sobre governante). A posição do servidor da posse cria-lhe deveres, que podem ser invocados pela reivindicante, ou pelo vindicante da posse. Há o direito de *reapoderamento* (Wiederbemãchtigungsrecht, W.

Schmelzer, *Selbstschutz des Besitzers,* 3), por parte do proprietário, ou possuidor, a que se tirou a posse, direito que se pode exercer em justiça de mão própria, se se observa o art. 502, ou judicialmente. Na L. 3, § 9, D., *de vi et de vi armata,* 43, 16, Ulpiano não se refere a qualquer moto próprio ou alheio do ofensor Há o direito à reintegração. Há os meios petitórios da posse (art. 521, *cf.* E Schimanski, *Die AnsprOche aus frúheren Besitze,* 53 s.; W. Giese, *Besitzrechtsschutz,* 20 sã e da propriedade (art. 524).

6.

Com posse e defesa. Na *compossessio pro indiviso,* a defesa dos réus vai contra todos os que se dizem compossuidores, ou contra o autor que não é compossuidor, ou consiste em afirmar-se que o réu é compossuidor e foi tratado como se não fora, ou que é compossuidor e não ofendera a composse dos autores ou do autor Pode também consistir na afirmação de que não há compossessio *pro indiviso,* mas sim compossessio *pro diviso;* ou diferentes graus de posse (posse mediata, posse imediata), *e* não *compossessio* (na mediatidade e na imediatidade da posse nenhuma composse há, mas gradação, cf. E. Ehlert, *Der Mitbesitz, 4;* confusão em 5. Klein, *Der mittelbare Besitz,* 41, e outros, antes de se precisarem os conceitos, o que levou a erros graves).

(1

A composse tem, no direito romano e no direito germânico, outros fundamentos que a concepção das posses graduadas *(e.g., Gewere* comum, O. Gierke, *Das deutsche Genossenschaftsrecht,* II, 951, “pão e sal” communiter sine divisione). A cedo momento pensou-se em “partir-se” a vontade (?) e não a tença (cf. C.

Rúmelin, *Die Teilung der Rechte,* 1049 A. Randa, *Der Besitz,* 304; P. Steinlechner, Das *Wesen der* iuris communio, II, 12), o que era inadmissível subjetivismo.

Toda quota somente diz respeito à relação interna entre compossuidores e depende de ser fática para se tratar como posse, isto é, no plano fático *(vindicatio partis,* posse de partes). Pode bem ser, por exemplo, que haja chave com ou sem haver composse *(e.g.,* o possuidor e o servidor da posse). Se há poder fático igual, que se tenha como posse, e duas ou mais pessoas o têm, com a mesma chave ou chaves iguais, há co mposse (Riesser, *Das Bankdepotgesetz,* 17; P. Adler, *Die Bankdepotgeschàfte,* 30 s.). O art. 488 pôs fim à controvérsia sobre a proteção da posse dos compossuidores entre si (cf. H. Wilke, *Die Klagen der Mitbesitzer gegen einander,* 1 s.).

§ 1.140. Postulação e prova

1.

Alegação e prova. O autor alega *e* prova a sua posse, — a que tem, e é turbada, ou a que tinha, e lhe foi tirada.

(a) Se possuidor, sem existir distinção entre posse indireta ou mediata e posse direta ou imediata, tem de alegar e provar que lhe turbaram ou tiraram a posse, poder fático sobre a coisa. (b) Se existem, a respeito do objeto, posse direta e posse indireta (melhor se diz — posse imediata e posse mediata), *ou* ele é possuidor indireto e a turbação, ou perda involuntária da posse, provém do possuidor direto, que também quer a posse do possuidor indireto, para si ou para outrem, ou a turbação ou perda provém de terceiro que se oponha aos dois ou só ao possuidor mediato. (c) Se possuidor direto, a sua ação é contra o possuidor indireto, que lha turbou, ou tomou, ou contra terceiro. A ação do possuidor direto contra o indireto épouco usada, por serem mais completos os meios petitórios e a defesa própria. Mas está na lei.

Nos centros mais povoados e civilizados, a ação possessória perde em número de casos. Basta a defesa própria, civilizada a seu turno, para que cada um proteja o que é seu. Por outro lado, o respeito à posse dos outros cresce. O

exemplo clássico é o do jornal que se compra nas bancas, sem que o vendedor esteja presente. Além disso, meios petitórios, rápidos, são utilizados a cada momento, A ação penal completa o quadro. Com o

reconhecimento da posse direta, com a defesa própria e a proteção possessória, as ações de posse, usadas pelo possuidor imediato seriam importantes se, como é a regra, não fossem suficientes a defesa própria e a polícia. Se ele, repelindo o proprietário intruso, pratica algum ato que estaria na lista dos crimes, mas em legítima defesa, a lei penal não incide (cf. P.

Sokolowski, *Die Philosophie im Privatrecht,* II, 272 s.).

O Tribunal de Apelação do Piaui, a 4 de maio de 1939 *(Acórdãos,* 192), exigiu ao autor da ação possessória apresentar titulo legitimo pelo qual o bem se lhe incorporou ao patrimônio. Escusado é dizer-se que absurdamente o exigiu. A posse pode ser adquirida por ato-fato jurídico; e na ação possessória só se alega posse, e não domínio, ou outro direito real, ou pessoal: o próprio possuidor imediato da casa, que a possui como locatário, não precisa exibir o titulo da locação. O que se está a discutir é posse, e não direito. Tão essencial é isso ao sistema jurídico que, ainda em se tratando de servidão, para cuja aquisição se exige título e, às vezes, registro (art. 697), o esbulhado da posse tem a proteção possessória (2ª Câmara da Corte de Apelação do Rio Grande do Sul, 26 de agosto de 1937, Decisões, 1937, 2, 948).

A propósito de servidões, convém precatarmo-nos contra trecho de Lafaiete Rodrigues Pereira *(Direito das* Coisas, 1, 367), que aparece, às vezes, em julgado, com grave dano ao sistema jurídico do Código Civil (e.g., 1ª

Câmara do Tribunal de Apelação do Rio Grande do Sul, 2 de janeiro de 1939, *RT* 119/334). O jurista, que escrevia para o direito anterior, pré-excluia o interdito recuperatório ou de força esp8liativa para a proteção da posse das servidões, e achava que o interdito *uti* possidetis era suficiente para proteger a posse das servidões, qualquer que fosse a sua natureza, contínuas ou discontínuas, afirmativas ou negativas. Manuel de Almeida e Sousa *(Tratado dos Interditos,* 69) dá noticia da disputa. Hoje, não há razão para se aludi; à continuidade da posse do prédio dominante para se proteger a posse da servidão; *e* corresponde mais à realidade dizer-se que se pode perder a posse da servidão sem se perder a posse do prédio, *e* perdendo-se a posse da servidão o que se pede é a reintegração da posse da servidão.

2.

O fato do réu. O autor tem de provar o *fato* do réu, isto é, a turbação ou esbulho particado por ele, (Código de 1973, art. 927, II)

que lhe dê a ação possessória. As ações possessórias não são ações declarativas, são ações com certo elemento de condenação, e fortíssimo elemento de executividade, assaz vivo na reintegração da posse, o que nos levou a classificá-las como ações executivas *lato* sensu. A ação declaratória da relação possessória é outra coisa. A ação de manutenção é mandamental. (Veja § 1.139, 1.)

3. *Data da ofensa.* A data da turbação ou violência é pressuposto essencial para que caiba o processo especial (Código de 1973, art. 927, III), correspondente à pretensão de direito material a manter-se, ou a reintegrar-se na posse, executivamente *(lato sensu),* por adiantamento da prestação jurisdicional. Alguns comentadores entenderam que o Código de 1939 rompera, nesse ponto, com o Código Civil, art. 523. Sem razão, a sumariedade, a que se alude no art.

523 do Código Civil, é a da primeira fase do processo, e não a da segunda. Desde que se põe antes da sentença final a execução, o processo é especial; desde que se não exigiu rito ordinário à primeira fase, especial é. Ou se lance o preceito *de amplius non turbando,* um dos conteúdos do "manter", que se pede de acordo com os arts. 926-929 do Código de Processo Civil, ou se reintegre na posse *o* autor, com o simples curso célere dos arts. 926-929 do Código de Processo Civil, já ordinário não é o processo.

(No começo do século XVIII, Francisco de Caídas achava inútil a referência ao tempo; mas Manuel Alvares Pêgas continuou de exigi-lo, em *Resolutiones Forenses,* 11, 840.)

4. Só se *mantém, segundo os princípios, quem tem posse.* Quem pede mantença afirma que tem a posse. Se houve perturbação pelo réu, sem espoliação, e o autor, ao tempo da propositura da ação, não tem a posse, que outrem lhe tirou, a pretensão cessou de existir: não pode ser exercida. Existe a pretensão àrecuperação contra a outra pessoa, esbulhador. Se o esbulho por outrem se deu depois da propositura, nada obsta ao mandado *de amplius non turbando,* porque o autor pode readquirir a posse e o mandado é útil. Se foi o próprio réu o esbulhador, antes da concessão do mandado (Código de Processo

Civil, art. 930), *comvert e-se a ação* (Código de Processo Civil, art.

920); se depois, dá-se o *atentado* (arts. 879-881 do Código de Processo Civil), pela infração do preceito.

Nunca nos esqueça o étimo de "manter": *rnanurn + tenere,* ter mão, como em manobrar, em manipular e no expressivo francês *rnaintenant,* agarrando o presente.

5. *Esbulho e* posse *perdida.* O esbulho alega ter perdido, por ato do esbulhador, a posse. Tem de alegar e provar a sua posse, ora perdida (art. 927, 1, do Código de Processo Civil), a ofensa, que fez o réu à sua posse (art. 927, II, do Código de Processo Civil): *e* a data da ofensa (art. 927, III) alega e prova, aqui, ter sido tal ofensa que *lhe* tirou a posse (art. 927, IV).

A tradição do direito brasileiro é no sentido de caber a ação de esbulho contra o terceiro de má-fé (Código Civil, art. 504). Assim, Alvaro Valasco (Decisionum *Consultationum,* 1, 214: *est correctus jure canonico, quo inventurn est saluberrimum illud* possessorum *rernedium, ut conveniri possit etiarn tertium* possessor *singularis, si scien4 de spolio habuerit rem ab ilio primo spoliatore...*

Temos de examinar, *a posteriori,* o que se passa sob o Código de 1973. No art. 924, somente submeteu aos artigos 926-931 (Seção li, dita, no art. 924, "seçào seguinte"), o procedimento das ações possessórias "de manutenção *e* de reintegração de posse", "quando intentado dentro de ano e dia da turbação ou do esbulho". Abstraiu-se de qualquer duração da posse. Quem épossuidor há um dia ou mais e foi turbado ou esbulhado, se não deixa passar o prazo de ano e dia, contado da turbação ou do esbulho, pode propor a ação possessória, de manutenção ou de reintegração, com o rito processual dos arts. 926-931. Nenhuma distinção entre a ação de manutenção e a de reintegração. O tempo em que foi adquirida a posse de modo nenhum interessa ao direito processual. Se a turbação ou o esbulho foi quanto àposse de ano e dia, ou a de menos disso, ou de mais de ano e dia, não importa. Só importa que alegue e prove que tem posse, qual a data da turbação ou do esbulho. O art. 927 de modo nenhum se referiu ao tempo da posse, salvo, em caso de turbação, o tempo posterior a isso (" a continuação da posse, embora turbada"), ou, em caso de esbulho, quando perdeu a posse.

6. *Justificação prévia.* A justificação prévia segundo os arts. 928, 20 parte, e 929 é para imcompleta cognação. Se, na contestação, não se ataca o que ela enuncia, nem o despacho que atendeu ao pedido de manutenção ou de reintegração liminar, a regra jurídica é de ter-se como verdade (cf. 3ª Grupo de Câmaras Civis do Tribunal de Justiça de São Paulo, 13 de abril de 1951, *RT* 192/ 603). Se foi atingida pela contestação, tendo-se como parte da contestação o que foi alegado pelo réu, somente na sentença final pode ser completado, ou retirado o adiantamento de executividade. E

assim que se hão de entender certos acórdãos como o da 60 Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 8 de julho de 1951 *(RT* 193/730) e o de 30 Grupo de Câmaras Civis, a 9 de novembro de 1951 *(RT* 197/166).

Se houve justificação prévia, com a citação pedida, inicial-mente, ou após a justificação, para ser sobre ela ouvida o ofensor, ou determinada pelo juiz, na espécie do art. 928, 20 parte, a angularidade da relação jurídica processual estabeleceu-se, e a citação produziu todos os efeitos, inclusive o de dar começo ao prazo para a contestação (cf. 10 Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 27 de janeiro de 1953, *RT* 210/242).

A respeito da justificação para manutenção ou reintegração *in limine,* a jurisprudência tem frisado que ela não previne a jurisdição (Câmara Cíveis Reunidas do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 12 de maio de 1950, *RF*

133/181 e 14 de setembro de 1951, 142/315; Tribunal de Justiça do Espírito Santo, 2 de março de 1950, *RF* 144/381; 30 Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 12 de julho de 1951, 141/350; 50 Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 30 de maio de 1952, *RT* 203/130). Cumpre distinguir-se: *a)* a justificação em que se procedeu *inaudita altera parte; h)* a justificação em houve citação do réu, quer determinada pelo juiz quer pedida pelo autor.

O que previne a jurisdição é a citação (art. 219). A relação juridica processual angularizou-se.

A audiência do réu, para a justificação, era facultativa: ao juiz tocava decidir se havia de ouvir, ou não (Câmaras Civeis Reunidas do

Tribunal de Justiça do Espírito Santo, 13 de abril de 1950, *RT* 194/356). No Código de 1973, art.

928, 2ª parte, diz-se que, se o juiz não deferir, *in Um me,* a expedição do mandado de manutenção, ou de reintegração,

"determinará que o autor justifique previamente o alegado, citando-se *o* réu para comparecer à audiência que foi designada". Não há alternativa, o que pode acontecer é que tenha havido indeferimento da petição inicial, o que é outro assunto.

Segundo o direito material, quando o possuidor tiver sido esbulhado, será reintegrado na posse, desde que o requeira, sem ser ouvido o autor do esbulho antes da reintegração. O art. 924 do Código de Processo Civil explicitou-o. A prova da posse e do esbulho já assim era antes do Código de 1939 *(e.g.,* Câmara Civil do Tribunal da Relação de Minas Gerais, 24 de maio de 1933, RT 61/24); porém os julgados cairam por vezes, em confusão, por não atinarem os juizes em que a cognição, para o deferimento inicial, é incompleta, superficial (e.g., Supremo Tribunal Federal, 18 de julho de 1921, *RT* 44/642; 5ª Câmara Cível da Corte de Apelação do Distrito Federal, 12 de novembro de 1936; *Ai* 41/

67; 3a Câmara Civil da Corte de Apelaçàõ de São Paulo, 4 de setembro de 1936, *RT* 104/441); mas, ainda que haja documentos o juiz não está obrigado a deferir sem audiência, porque o que importa é que a petição esteja devidamente instruída (arts. 928, V parte, e 927); se não está, tem o juiz de ouvir o réu. Hoje, épreciso citar-se o réu para os atos probatórios (antes, a Q Câmara Cível do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 24 de novembro de 1937, *RF* 73/364).

Se o juiz exige prévia justificação com citação do réu, então usou ele do poder de não deferir desde logo a reintegração, de acordo com o Código de Processo Civil, art. 928, 2ª parte, e dele depende, respeitando os arts. 927 e 928, ordenar que se cite, ou não se cite, o esbulhador; se não há citação, é que lhe parece que a instrução bastou à medida, sem audiência do réu; se há deferimento no tocante à justificação, é da citação nos cinco dias após o julgamento, que se conta o prazo para contestação pelo réu. Assim é que se hão de interpretar os arts. 928, 929 e 930

do Código de Processo Civil. O juiz não tem arbítrio de ouvir ou não ouvir o esbulhador, se não reputa devida-mente instruída a petição inicial.

A jurisprudência que restringia a reintegração em limine àretirada violenta, a que chamava esbulho violento, era errada e continua errada por atribuir à expressão "violência" sentido estrito, já superado (e.g., Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 23 de agosto de 1927, *RT* 63/307; com razão, a Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 7 de março *de* 1930, 74/496: "O Código não distingue, como faz o português; *e,* portanto, tanto pode ser o violento como o clandestino; em um e outro dá-se a violência privada contra a qual reage a ação social para reintegrar a ordem jurídica perturbada *e* plantar a paz de direito", e a 3ª Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 17 de abril de 1939, *Ai* 50/421, tU 120/161: "O art. 506 do Código Civil não se presta, de fato, a essa arbitrária distinção. Pretende-se apadrinhá-la com o art. 487 do Código Civil português. Mas a doutrina deste artigo só em parte foi aceita pelo nosso legislador. O Dr. Barradas propôs se limitasse a medida apenas ao esbulho violento. Tal restrição, porém, não foi aceita, segundo mostra o Sr. Alfredo Bernardes").

7. Inaudita altera parte. Se as provas do art. 928 do Código de Processo Civil são suficientes ("petição inicial devidamente instruida"), o processo é sem se ouvir o réu, até se iniciar a outra fase (art. 930 do Código de Processo Civil).

8. *Posse de menos de ano e dia.* No art. 507, o Código Civil estabelece: "Na posse de menos de ano e dia, nenhum possuidor será manutenido, ou reintegrado judicialmente, senão contra os que não tiverem melhor posse." Se a posse é de ano *e* dia ou de mais, têm-se por melhores as suas provas do que as que *poderia* apresentar o réu, até que se prove o contrário, e para isso há a manutenção e a reintegração em límine; se não há o tempo, que pese a favor do que foi turbado, ou esbulhado, pode ser melhor a posse do réu e convém que seja ouvido antes de qualquer medida judicial constritiva. Por isso mesmo, se a turbação ou o esbulho data de ano e dia, já se não dá manutenção ou reintegração em limine da lide, no que bem se percebia a concordância do art. 507 do Código Civil com o art. 371 do Código de Processo Civil de 1939; aquele diz que, na posse de menos de ano e dia, não. se dá a manutenção, ou a reintegração, sem se apurar qual a melhor posse (= qual a posse que deve, após exame dos fatos, das provas *e* das datas, ser manutenida, ou reintegrada = após cognição completa); esse dizia que — se a turbação data de menos de ano e dia —

pode ser manutenida ou reintegrada em limine (cognição incompleta). Não se enuncie, porém, que, na posse velha, já esteja firmada definitivamente (?) a relação possessória, como fez a Turma do Supremo Tribunal Federal, a 6 de junho de 1947 (RT, Bahia, 39/286), levada pela linguagem atécnica de Tito Fulgêncio: não há definitividade após o ano e dia, há maior eficácia da posse devido exatamente às regras jurídicas dos arts. 507 e 523 do Código Civil e do Código de Processo Civil de 1973, art. 924, como a do Código de 1939, art. 371.

O Código de 1973 manteve muito do que estava no Código de 1939. No art. 924 diz-se que "regem o procedimento de manutenção e de reintegração de posse a~ normas da seção seguinte, quando intentado dentro de ano *e* dia da turbação ou do esbulho; passado esse prazo, será ordinário, não perdendo, contudo, o caráter possessório".

Tudo o que se regula nos arts. 928-930 somente concerne à medida liminar, que é fora do procedimento ordinário. Se a turbação ou esbulho foi fora do ano e dia, o rito processual é só ordinário.

No art. 507, parágrafo único, está a regra sobre peso das provas para se apurar, em *plena coqnitio,* qual a melhor posse: "Entende-se melhor a posse que se fundar em justo título; na falta de titulo, ou sendo os títulos iguais, a mais antiga; se da mesma data, a posse atual. Mas, se todas forem duvidosas, será sequestrada a coisa, enquanto não se apurar a quem toque"

No art. 500, diz-se que, sendo muitas as pessoas que se dizem possuidoras, se mantém a que detenha a coisa. Se há prova das posses, incide o art. 499 ou o art. 502, ou o art. 506, ou o art. 507 ou o art. 508; não o art. 500, onde ainda não se entrou na cognição das posses. Se o juiz ainda não examinou as provas da posse, ou das posses, ou não as há, salvo o fato de tomada do poder fático, ou de turbação, não pode sequestrar, — o sequestro da posse (Código de 1973, art. 822) somente pode ser decretado se o juiz não chegou a alguma conclusão depois da pesagem dos elementos das posses *(titulus* e *tempus)* e ocorre algum dos casos do art. 822. E como ato provisório de desespero ante a inconclusividade da apreciação das posses, pelas provas dadas e pela discussão. O seqúestro somente é permitido, disse o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro, a 10 de maio de 1929 *(AJ* 13/ 172), no começo das demandas, cumprindo ao juiz reconhecer qual o verdadeiro titular do direito nas sentenças definitivas. A decisão, que devera ser a favor de A ou de B, faz-se constritiva cautelar,

envolvendo passageiro *non possumus.* A 5ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 24 de setembro de 1948 *(RT* 177/790), argumentou: "O sequUestro supõe a litigiosidade da coisa ou, por outras expressões, a incerteza subjetiva em relação a ela e, quando surge o seu ensejo, deposita-se a coisa porque há dúvida quanto ao termo de relação (sujeito) a que ela se prende. Em se tratando de posse, tão-só se admite o seqUestro quando se apresenta duvidosa. Só assim haverá possibilidade do dano jurídico, no caso de não ser decretada a medida. Não basta um dano provável; há mister que seja um dano ao direito da parte." Em vez "ao de direito da parte" diga-se "à posse". Convém salientarmos que há um pressuposto necessário, que é um dos que aponta o art. 822.

Se a turbação ou o esbulho ocorreu há menos de ano e dia, há a possibilidade da manutenção ou a reintegração *initio litis.* Tal manutenção ou tal reintegração é adiantamento de execução. Têm-se, pois, de provar o fato e o tempo.

Se esse passou de ano e dia se no dia posterior ao ano não se propôs a ação), não há pensar-se em manutenção ou reintegração liminar. Na ação de reintegração, adianta-se *execução;* na de manutenção adianta-se *mandamento* A manutenção de posse, de que se trata no art. 928, é caso de cognição superficial (Câmara Civil da Corte de Apelação de Minas Gerais, 2 de setembro de 1933 e 21 de outubro de 1936, *RF* 61/145 e 69/119; Câmara Civil do Tribunal de Apelação de Minas Gerais, 7 de maio de 1938 e 3 de julho de 1939, 75/156 e 79/486; Corte de Apelação do Rio Grande do Norte, 10 de julho de 1937, RTA 1/303; 1ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 1ª de agosto de 1950). Não há confundir-se com a espécie do art. 500.

A cognição superficial, o adiantamento de cognição, foi permitido para se dar solução em limine, em processo especial, conforme já dissemos, a pouco, a tutela jurídica à posse não cessa com o esgotar-se o tempo de que fala o art.

924: no plano do direito material, tudo continua; a ação possessória persiste a mesma, — mandamental, a

de

manutenção, executiva, a de reintegração. Não há, então, decisão em limine, porque não se atribui ao juiz *non plena cognitio.* Uma vez que *se* não adianta cognição, não há pensar-se em decisão liminar que defira o pedido.

Já no direito romanos distinguiram as posses segundo o modo por que se adquiriam. Daí desciam ao exame das tenças que não eram posses *(e.g., custódia),* não geravam propriedade, nem davam a ação publiciana, nem, sequer, a *acho noxa* lis. Paulo, na L.3, § 21, D., *de adqut renda vel arnittenda possessione,* 41,2, diz que há tantos gêneros de posse como causas de adquirir o que não é nosso; por exemplo, a titulo de cnºmprador, de doação, de legado, de dote, de herdeiro, de dação por noxa, de coisa sua, assim como respeito às coisas que apanhamos na terra e no mar, ou nos inimigos, ou que nós-mesmos fizemos existirem na natureza (in *rerum natura essent fecirnus)* e, em suma, há um só gênero de possuir e infinitas espécies.

Causa possessionis é a causa da posse, o seu título; *e.g., causa* traditionis, causa de constituto possessório, titulo *pro derelicto.* A expressão *titulus* é posterior *(iusti tituli* ou *veri tituli; iniusti titulO; e.ç,* L. 4, C., si *quis ignorans rem rninoris esse sine decreto comparavit,* 5, 73 *(iusto titulo)* e L. 5, C., *de praescriptione longi temporis* decem *vel viqinti annorum,* 7, 33 *(vero titulo).* O título pode ser só *pro possessore.* Na L. 13, § 1, D., *de hereditatis petitione,* 5, 3, Ulpiano explica que a todos os títulos unido e está como inserto o título *pro possessore (Omnibus e ±iarn titulis hic pro possessore titulo haeret et quasi iniunctus est).* O título é o fato pelo qual se adquiriu a posse, no que pode ele ter relevância para o direito: é justo ou injusto conforme está de acordo ou não com os princípios do sistema jurídico (E

Bernhõft, *Der Besitztitel,* 12), ainda que só eventualmente (posse justa e posse injusta).

9.

Posse de mais de ano *e dia.* A posse de mais de ano e dia adquire ceda consistência aos olhos do juiz, consistência que a lei lhe atribui, embora a posse de mais de ano e dia possa não ser a melhor "Se a posse for de ano e dia, o possuidor será mantido sumariamente, até ser convencido pelos meios ordinários", diz o art. 508. *Aliter,* se a turbação ou o esbulho data de ano e dia ou de mais, porque, então, pode haver posse que seja de ano *e* dia. É assim que se hão de conciliar o art. 924 do Código de Processo Civil e o art. 508 do Código Civil (cf. quanto ao Código de 1939, a 6ª Câmara Cível da Corte de Apelação do Distrito Federal, 31 de julho de 1934, *Ai* 32/432). O art. 508, advirta-se, nada tem com o art. 489 do anterior Código Civil português, que, desarrazoadamente, se referia à questão petitória

(verbis “será o possuidor sumariamente mantido, ou restituido, enquanto não for convencido na questão da propriedade”). O art. 503 só se refere àordinariedade do processo possessório *(uerbis* “o possuidor será mantido sumariamente, até ser convencido pelos meios ordinários”). É de evitar-se a consulta a direito estrangeiro, radicalmente diferente (2ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 16 de dezembro de 1947, tU 173/245). O

remédio jurídico processual do *possessorium summariissimum* já se excluia ao possuidor injusto, porque a sua posse desaparecia, relativa como é a viciosidade, frente a alguém a que foi tirada, viciosamente. O fim era policial, preventivo, o de evitar crimes e rixas, a que a justiça de mão própria e a legítima defesa davam ensejo. Usou-se com sequestro da posse pelo juiz e posterior mas imediata decisão sobre quem ficaria provisoriamente mantido. A *ratio* iufls era — e a paz pública, o evitamento de lutas e de violência privada (cf. H. von Bayer, *Theorie der summarischen Prozesse,* 178). Nada tem com o interdito ou ação de manutenção e o nome *summarium* ou summariissimum, que se lhe deu, revela pouca ciência dos que o empregavam, pois *summariurn* já era o interdito *uti* possidetis (sobre isso, E

von Savigny, *Der Besitz,* § 51). Em Paulo de Castro está o princípio *Ornnis* possessor *lite pendente* in possessione *roanuteneri debet.* Só depois se limitou ao caso de *tirnor armorum proxirnus,* mas posteriormente se afastou isso por estranho ao instituto. O fundamento de se evitar, com o *possessorium* summariissimum, a procrastinação dos feitos possessórios, que tantos sustentaram, foi posto de lado.

O art. 508 não foi revogado pelo Código de Processo Civil de 1939, nem pelo de 1973.

A sentença conforme o art. 508 é de cognição incompleta, superficial, e — conteste ou não o réu a ação — é indispensável a sentença definitiva, que complete a cognição. A sentença conforme o art. 508 (Código de Processo Civil, art. 929) não faz coisa julgada, formal ou material; ~ seria absurdo emprestar-lhe decisão sobre petitório (2ª

Câmara Civil do Tribunal de Apelação de Minas Gerais, 22 de fevereiro de 1943, *RF,* TE, 120), porque a respeito desse não faz coisa julgada material a própria sentença do art. 932 do Código de Processo Civil, que é aquela com que se completa a cognição.

Não há contradição entre o art. 924 do Código de Processo Civil, que exige ter sido a turbação ou o esbulho antes de ano e dia, e o art. 508, que exige à posse mesma ser de mais de ano e dia: aquele requisito é de direito processual, esse, de direito material. Antes do Código de Processo Civil, a Câmara Civil do Tribunal de Apelação de Pernambuco, a 8 de abril de 1936 *(RD* 130/305), havia chegado à mesma conclusão: "Contra uma posse maior de ano e dia não é admissível mandado de reintegração prévia ou de seqüestro. Na posse de menos de ano e dia, o possuidor só não será mantido ou reintegrado em face de quem tiver melhor posse, como tal a titulada, ou, não sendo titulada, ou sendo iguais os títulos, a mais antiga; se da mesma data, a atual."

No art. 507, diz-se: "Na posse de menos de ano e dia, nenhum possuidor será manutenido, ou reintegrado judicialmente, senão contra os que não tiverem melhor posse." Melhor posse. Não se trata de melhor posse existente ao mesmo tempo, mas de melhor posse dentro do lapso menor de ano e dia, como se A possuisse de janeiro a março, B

de abril a maio, por justo titulo, C de junho a agosto, e D por exatamente o mesmo tempo que A, com titulo igual ao de B. O juiz tem de preferir B, porque tem justo titulo e é possuidor mais antigo que D, sem ter D havido de B o título de posse. Se B e D não tivessem justo título, teria de preferir A, possuidor mais antigo. Se todos da mesma data, o atual.

E preciso compreender-se o art. 507, sob pena de se incorrer em graves erros dos juizes e dos intérpretes. O Código Civil, art. 507, não alude à pluralidade de posses (mediatas, imediatas), nem permite que haja duas ou mais posses imediatas ou duas ou mais posses mediatas do mesmo grau. O art. 445 (antigo!) do Código Civil espanhol, de onde houvemos o art. 507, começava exatamente por enunciado peremptório: *La posesión, como hecho, no puede reconocerse en dos personalidades distintas, fuera de los casos de indivisión.* Mas pode haver dúvida sobre a posse, dúvida que alcança o máximo ponto quando os litigantes pretendem que tem posse iniciada na mesma data. *Si las fechas de la posesión fueran las nismas ...* ; isto é, se o litigante pretende que a sua posse começa no mesmo dia em que o outro diz que começou a sua. No art. 445 (antigo!) do Código Civil espanhol, dizia-se: *La posesíón, como hecho, no puede reconocerse* en dos *personalidades distintas, fuera de los* casos *de indivisión. Si surgiere contieda sobre ei hecho de la posesión, será preferido ei poseesor actual; si resultaren dos poseedores, ei mas antiguo; si íris fechas de las posesiones fueren las*

rnisrnas, eI que presente titulo; y, si todas estas condiciones fuesen iguales, se constituirá en depósito á guarda judicial la cosa, mientras se decide sobre su posesión á propriedad por los *trásmites correspondientes*

Mergulhando no sistema jurídico do Código Civil, o art. 507 50 exprime regra de julgar: se o juiz não está convencido de que determinada pessoa há de ser mantida na posse, ou reintegrada (e não pode, segundo o direito, acobertar-se com o Non possumus), o art. 507, parágrafo único, dá-lhe as indicações para obviar àdúvida; porém, ainda aí, admite que os critérios não bastem, e aponta-lhe a solução do seqUestro, que de certo modo é conservação daquela dúvida temporariamente invencível. Não se alude ao temor de rixa, como antes do Código Civil se fazia, na composição dos pressupostos do seqUestro. Hoje, porém, o art. 822, 1, do Código de 1973 fala do sequestro "de bens móveis, semoventes ou imóveis, quando lhes for disputada a propriedade ou a posse, havendo fundado receio de rixas ou danificações". Surge o problema de se saber se o art. 822, 1, do Código de 1973, criou limitação maior. Ora, o art. 822, IV, refere-se a "demais casos expressos em lei". O art. 507, parágrafo único, do Código Civil contêm um desses casos, pois é explícito: "entende-se melhor a posse que se fundar em justo titulo; na falta de titulo, ou sendo os títulos iguais, a mais antiga; se da mesma data, a posse atual. Mas, se todas forem duvidosas, será sequestrada a coisa, enquanto se não apurar a quem toque". Se há dúvida sobre títulos, sobre idade e atualidade das posses, o seqUestro é permitido e indicado: "mas, se todas (as posses) forem duvidosas, será sequestrada a coisa, enquanto se não apurar a quem toque." O

art. 508 do Código Civil disse: "Se a posse for de mais de ano e dia, o possuidor será mantido sumariamente, até ser convencido pelos meios ordinários." No art. 371 do Código de Processo Civil formulou-se: "Regem o procedimento de manutenção e de reintegração de posse as normas da seção seguinte, quando intentado dentro de ano e dia. da turbação ou do esbulho; passado esse prazo, será ordinário, não perdendo, contudo, o caráter possessório". A divergência, que pudesse existir, seria entre o art. 508 do Código Civil e o art. 924, 1ª parte, do Código de 1973, *no tocante* à *manutenção,* porque somente à manutenção se refere o art. 508, *verbo* "mantido." Em *direito material,* se a posse não for de mais de ano e dia, não podia o possuidor pretender manutenção sumária. *Em direito processual,* se a turbação tiver sido a mais de ano, não havia reintegração no início da lide. O juiz tinha de atender ao art. 508, negando a tutela sumária de manutenção a quem só tivesse posse de menos de ano e dia; o autor que pedia a manutenção, embora já a posse fosse de ano e dia ou

mais, não tinha pretensão à tutela jurídica sumária, se já se haviam passado ano e dia após a turbação.

Tinha-se, assim, claramente: *a)* Se a posse era de ano e dia, ou de mais de ano e dia, e a turbação ou esbulho datava de menos de ano e dia, havia manutenibilidade liminar ou reintegrabilidade liminar. *b)* Se a posse era de ano e dia, ou mais de ano e dia, *e* a turbação ou esbulho foi há ano e dia ou mais, não havia manutenibilidade liminar ou reintegrabilidade liminar. *c)* Se a posse era de menos de ano e dia, e a turbação ou esbulho datava de menos, havia manutenibilidade liminar ou reintegrabilidade liminar, devido ao art. 331 do Código de Processo Civil de 1939, que deu mais do que o art. 508 do Código Civil de 1916. *d)* Se a posse era de menos de ano e dia e a turbação ou esbulho datava de mais, não havia manutenibilidade liminar ou reintegrabilidade liminar.

No plano do direito processual, de modo nenhum se pode descer ao exame de ser a posse de mais de ano e dia, o que estava no Código Civil de 1916, art. 508. A posse podia ter sido de um dia ou poucos mais e ter havido a turbação, ou o esbulho. O prazo de ano e dia é para a propositura da ação de manutenção, ou de esbulho. O direito processual abstraiu do tempo da posse; só se preocupa com o tempo que correu após a turbação ou o esbulho.

§ 1.141. Preclusão e prescrição

1.

Suma riedade e ordinariedade. O art. 523 do Código Civil não foi revogado pelo Código de Processo Civil de 1939, art. 371, nem pelo Código de 1973, art. 924, que apenas, no plano do direito formal, atendeu ao direito material.

Se há atos turbativos separados, a cada um corresponde uma ação de esbulho ou de turbação (Câmara Civil do Tribunal da Relação de Minas Gerais, 8 de abril de 1931, *Ai* 18/261). Se a posse esbulhada não foi retomada, não se pode pensar em reiteração da ofensa. Se a turbação é continua, sem defesa pelo possuidor, o dia em que se iniciou é o dia para que corra o prazo do art. 523, que é preclusivo

(Supremo Tribunal Federal, 5 de abril de 1932, *RT* 85/690; 54

Câmara da Corte de Apelação do Distrito Federal, 17 de novembro de 1925, *RD* 81/583; com terminologia imprópria, 3ª Câmara, 5 de agosto de 1937, *Ai* 44/193; Câmaras Conjuntas do Tribunal de Justiça de São Paulo, 16 de maio de 1928, *EU* 68/333; 54 Câmara, 20 de março de 1931, 78/254; Câmaras Civis Reunidas do Tribunal de Apelação de São Paulo, 8 de novembro de 1940, 132/242, 34 Câmara Civil, 29 de maio de 1940, *RF* 84/375, e 7 de junho de 1941, *RT*

133/518).

A ação ordinária, essa, prescreve (não preclui!) em dez anos, entre presentes, e quinze, entre ausentes (Câmaras Civis Reunidas do Tribunal de Apelação de São Paulo, 8 de novembro de 1940, *RT* 132/242; 1ª Câmara do Tribunal de Apelação do Rio de Janeiro, 10 de novembro de 1937, *Ai* 44/464; 2ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Paraná, 18 de setembro de 1948, *PJ* 48/284; Câmara Civil do Tribu?ial de Apelação do Espírito Santo, 13 de maio de 1942, *Acórdãos,* 1942, 109).

2.

Em torno do Código *Civil, art. 523.* À aparição do Código Civil surgiram interpretações erradas, leviarjas, da lei, tais como a *de* que não mais se teria a ação de força velha, pois que o art. 523 somente cogitara da ação de força nova (lá está "quando intentadas dentro de ano e dia") e o próprio Supremo Tribunal Federal, ceda vez (6 de abril de 1934, *RF* 67/75), pretendia que a ação de força velha não prescreveria — o que orça por absurdo.

3.

Exercício da ação de força nova. Tratando-se de prazo preclusivo, se intentada dentro do prazo a ação de força nova, não mais há de cogitar-se de prescrição ou preclusão da ação (veja Tomo VI, §§ 675; 667, 4; 674, 1; 697, 2; 702, 3; 726, 2; Supremo Tribunal Federal, 6 de abril de 1934, *1W* 67/75; Câmaras Conjuntas do Tribunal de Justiça 1928, *RT* 68/333; 54 Câmara, 20 errado, o acórdão da 34 Câmara Paulo, a 22 de agosto de 1931, de São Paulo, 16 de maio de de março de 1931, 78/254; do Tribunal de Justiça de São Paulo 80/451).

§ 1.142. Terminação e continuação do procedimento 1. *Decisão liminar.* Diz o art. 930 do Código de Processo Civil:

"Concedido ou não o mandado liminar de manutenção ou de reintegração, o autor promoverá, nos 5 (cinco) dias subsequentes, a citação do réu para contestar a ação". Parágrafo único: "Quando for ordenada a justificação prévia (art.

928), o prazo para contestar contar-se-á da intimação do despacho que deferir ou não a medida liminar".

Não concedida, inicialmente, a manutenção, ou a reintegração, a resolução não é final, é apenas sobre oportunidade. Concedida, a decisão é parte integrante do processo, e apenas defere o pedido de manutenção ou reintegração inicial. E de observar-se, então, que a ação sofre deslocamento do elemento executivo, que seria *agora,* e passa a ser contemporâneo da sentença final. Mas a ação de esbulho continua executiva *lato* sensu.

A ação de manutenção só terá o mandado definitivo a final.

Não havendo adiantamento de execução, toda a executivida *de* provém da sentença.

Se o proprietário da coisa prova a sua propriedade, a posse presume-se sua, se a coisa está com ele; então, ao réu compete afirmar e provar os fatos que direta ou indiretamente negam a posse do proprietário (K. Hellwig, *Lehrbuch,* 1, 208).

2. *Citação.* Quando tiver havido justificação, prévia e deferimento do mandado, ou não, com intimação do réu para ciência do despacho que concedeu, ou não, o mandado preliminar, isto é, para contestação, face a citação (está dito no Código de 1973, art. 930, parágrafo único: "o prazo para contestar contar-se-á da intimação do despacho que deferir ou não a medida liminar").

3.

Com *inação de pena.* O art. 924 do Código de Processo Civil não exclui a pena cominada ao réu que perturbe, ou esbulhe. Tal cominação, que a prática portuguesa criou no século XV, — suscetível de ser explicada como reminiscência da proibitividade do *uti possidetis* romano, mas, a nosso ver, erradamente, — veio até nós, a despeito da Ordenação do Livro IV, Titulo 48, *pr,* que dela não cogitara. A caução, ao que nos conste, nunca se usou em Portugal; e a concepção portuguesa permaneceu através de Correia Teles *(Doutrinas das Ações,* 209) e de Antônio Joaquim Ribas *(Consolidação,* art. 757). Aliás, sem a exigência da caução, ou da pena, o mandado do juiz cairia no vácuo. O

Código de Processo Civil de 1939, nos arts. 712-716, disciplinara o atentado, e conservara, no art. 716, a referência à

"multa." A lei processual entendera, e bem, que os juizes não podem expedir mandados inúteis e que todos eles se supõan com a respectiva pena. Não valia o argumento de ser explícito o art. 378 do Código de Processo Civil de 1939, hoje art. 932 do Código de 1973, a respeito do interdito proibitório, porque, ai, a pena é *inerente* ao remédio processual, que de outro modo ficaria inútil, em caso de continuar a ameaça, se não houvesse perdas e danos. Quanto ao atentado, confiram-se os arts. 879-881 do Código de 1973.

§ 1.143. Incidentes e acidentes processuais

1.

Erro de classificação da ação. Diz o art. 920 do Código de Processo Civil: "A propositura de uma ação possessória em vez de outra não obstará a que o juiz reconheça do pedido e outorgue a proteção legal correspondente àquela, cujo os requisitos estejam provados." E o art. 931 do mesmo Código: "Aplica-se quanto ao mais, o procedimento ordinário."

O que o art. 9.20 do Código de Processo Civil permite não é que se possa mudar a ação de manutenção em ação de esbulho, ou vice-versa, nem alude à troca de formas de processo (que éuma só: a forma dos arts. 924 e 930 do Código de Processo Civil); e sim que se *julgue* o esbulho, ou a manutenção, se foi proposta a ação de esbulho, em vez da própria, ou essa, em vez da ação de esbulho. Alude-se â pretensão mesma, e não ao rito. Também não se refere à ação do art. 932 do Código de Processo Civil, ou à ação ordinária. Tornaram-se, portanto,

inúteis as defesas de ter sido esbulhado o que pede a manutenção, ou apenas turbado sem esbulho o que pede reintegração. A argUição de ter mais de ano e dia a ofensa à posse para excluir qualquer das duas, quanto ao rito, continua de ser permitida; e é útil. O art.

920 do Código de Processo Civil de maneira nenhuma permite a troca; porém o art. 250 com o parágrafo único do Código de Processo Civil é invocável.

2.

Ordinariedade eventual. Contestada a ação, o rito é o ordinário. Da sentença cabe apelação, com "efeito" variável. Entenda-se: suspensivo ou não-suspensivo da nova eficácia (completante) da sentença.

A ação de *manutenção de posse* é mandamental; os elementos executivo e condenatório são infimos. A *ação de rein tegração* é executiva-mandamental, com forte dose de condenatoriedade.

Ação executiva a de reintegração, é lógico que o efeitoda apelação seja apenas o devolutivo. De modo que o conhecimento do verdadeiro lugar dessa ação na classificação das ações vem coincidir com os *resultados* das argumentações retóricas, ou tendenciosas, com que se procurava fundamentar o princípio, revelado às boas inteligências, de que o efeito da apelação da sentença *favorável* nas ações de reintegração seria só devolutivo. A sentença *desfavorável* é declarativa, de modo que não cabe falar-se de insuspensao.

A ação de manutenção é mandamental, e não há, na sentença, se favorável, incursão na esfera jurídica de outrem: manda-se, declarando-se, e não executando, ou condenando. A apelação exclui o efeito do mandado *com pletativo,* não o do mandado inicial, provisório, que continua intacto, uma vez que a sentença favorável dá *(plus)* e o efeito suspensivo da apelação tira *(minus);* consequência: *zero.* Se a sentença é desfavorável, não tendo havido manutenção *initio litis,* a eficácia de suspensividade da apelação é sem alcance: j suspensão de não-eficácia! Se houve mandado *initio litis,* a sentença desfavorável, que determina a sua cassação, é de eficácia mandamental negativa e a apelação a apanha com o efeito suspensivo: o autor é mantido na posse que tem, em virtude do mandado *initio litis.* Para se chegar a esses resultados, bem toduosos foram os caminhos tomados pela

doutrina. Veja comentário ao art. 520.

(a)

J.H. Boehmer, nas *Exercitationes ad Pandectas,* exc. 90, 1, § 8 e 9, entendia que a L. un., C., si *de momentaria possessione fuerit appellatum,* 7, 69, somente se referia aos interditos *recuperandae possesseion* is, para excluir a apelação. Na doutrina portuguesa, Álvaro Valasco *(Decisionum* ac *Consultationum,* 1, 92) adotou (a), *e* não tergiversou: *sententia lata in* possessorio *non admititur eppellatio, sive sit possessorium recuperandae, sive retinendae, sive adipiscendae.* Influência de Bádolo de Saxoferrato, que ele cita.

(b)

Jorge de Cabedo *(Practica rum Observationum sive Decisionum Suprerni Regni Lusitaniae Senatus),* na dec. *66,* n. 5, e Antônio de Sousa de Macedo *(Decisionés,* 164) representaram a boa corrente, que admitia a apelação com o só efeito devolutivo.

Se o autor foi esbulhado, a sentença favorável é executiva: o recurso não podia ter efeito suspensivo. Não assim, se lhe é desfavorável. E verdade que Manuel Gonçalves da Silva *(Commentaria,* II, 26 s.) lançou a proposição

**Respectu* possessionis *non est admittenda appellatio suspensiva,* mas ele mesmo antes, restringiu o assunto ao caso *quo ipsi spoliati appelant. Primus casus est quando lata fuit sententia contra actorem spoliatum; quia is potest appellare suspensive, prout colliguur ex nostro textu,* referindo-se às Ordenações Filipinas, Livro III, Titulo 48, § 3, *ubi supponens, quod de lure cornmuni non datur appellatio, eam concedit, quia talis denegatio* esset *spoliato praeiudicialis, quod praeiudicium considerari non potest, quando appellatio denegatur reo spoliatori.* Manuel Gonçalves da Silva não distinguira as duas sentenças pela natureza da eficácia (força executiva, força declarativa): no seu empirismo, com certa perspicácia, frisara o prejuízo e o não-prejuízo, separando o que as Ordenações Eilipinas não haviam separado: “E posto que segundo Direito em estes efeitos de forças novas não se haja de receber apelação” (influência de Bádolo de Saxoferrato), “porque isto poderia ser em prejuizo dos esbulhados”, “havemos por bem que as partes em eles possam apelar nos casos em que segundo nossas Ordenações se pode apelar”. A Ordenação nada dizia sobre o efeito; e foi a doutrina que introduziu a regra da só devolutividade. Suspensivo seria se contra o esbulbado ou

quem se queixasse de esbulho.

Antônio Joaquim Ribas *(Da* Posse *e das Ações Possessórias,* 271 s, e 290) reproduziu a regra jurídica da não-suspensividade, exceto se desfavorável ao autor a sentença, quer em relação àação de força espoliativa, quer em relação à ação de força turbativa. Não foi menos feliz Teixeira de Freitas *(Primeiras Linhas* de Pereira e Sousa, II, 51), que só se referiu à ação de esbulho.

Foi Paula Batista *(Teoria e Prática,* 3ª ed., 227) quem mais concorreu para se aproximar da solução: o recurso é suspensivo nas ações executivas, se a sentença for contra o autor". Mas, assim, reduziu a eficácia, que se não suspende, à sentença executiva.

Diz-se que a sentença desfavorável ao autor é suscetível de apelação, *e* o efeito dessa é suspensivo. Se não se havia adiantado execução, suspender-se-ia *nada,* porque efeito executivo não houve. ~Se houve adiantamento da execução, isto é, reintegração liminar? O efeito suspensivo, diz-se, apanha esse efeito, mas esse efeito é *anterior,* e não da sentença.

Assim, se a lei processual permitiu adiantamento de execução, esse adiantamento de execução é inatingível pela eficácia suspensiva da apelação. E o que se passa com as ações de força nova, pois que se permite, aí, a manutenção liminar ou a reintegração liminar. Resta saber se, não sendo manutenido, ou reintegrado, inicialmente, o autor, pode o juiz fazê-lo depois, inclusive por ocasião da sentença final, preexcluindo, assim, o efeito suspensivo da apelação. A jurisprudência, na esteira de opinião nossa, assim entende (Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 16 de março de 1950, *Ai* 102/93: "julgada procedente a ação de força nova espoliativa, deve o autor, se não o foi liminarmente, ser desde logo reintegrado na posse cujo esbulho foi reconhecido na sentença final, apesar de pender de recurso cujo recebimento deverá operar-se em ambos os efeitos na conformidade do art. 830, § 2ª do Código de Processo Civil de 1939. Ato meramente administrativo, decisão graciosa do Juiz, media extraordinária de restituição contra o espoliador a reintegração possessória na ação de força nova espoliativa, após concluído o processo de cognição, não se confunde, pois, com o processo de execução de sentença, devendo ser realizada a qualquer tempo, mediante mandado do Juiz, não obstante o recebimento em ambos os efeitos de apelação", Conselho de Justiça do Tribunal de Justiça do

Distrito Federal, 29 de agosto de 1950, *Di* de 28 de agosto de 1951; contra a 8ª Câmara Cível, 29 de?unho de 1951, *Di* de 9 de abril *de* 1952).

Há argumento maior: a ação possessória de reintegração éação executiva. O princípio apanha as ações executivas *lato sensu,* que não estão sujeitas a embargos do devedor. A próposíto da ação de manutenção o efeito mandamental de manter-se a posse é ligado ao *Quieta non movere* para cujo respeito se tem o próprio art. 500 do Código Civil de 1916 *(possessorium summariissimum).*

A propósito das ações de reintegração não há efeito suspensivo da apelação.

Surge questão relativa à sentença que julga improcedente a ação, tendo havido, *antes,* manutenção liminar ou reintegração liminar. Esperava-se + ½ e ocorreu — ½ . Portanto 0. Sendo suspensivo o efeito da apelação, não poderia ser eliminado o + ½, deferido *ab initio.* Nesse sentido, as Câmaras Reunidas do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, a 18 de outubro de 1950 *(RF* 135/197). Mas sem razão, porque a medida liminar dependeu de decisão irrecorrível do juiz, decisão com que se adiantou execução e esses adiantamento cessa com a cognição final contrária. Na sentença desfavorável há implícita a cassação do mandado, *o que não se opera,* posto que suspensiva a apelação, com a *res iudicata.* Ela só suspende a eficácia da congnição completa.

A manutenção ou a reintegração devia ter sido de início, e não no foi. Se a sentença julga procedente a ação e manda manter ou reintegrar, tem-se de entender que a apelação é só quanto à parte da sentença que julga procedente o pedido, e não do tardio mandado de manutenção ou de reintegração. A manutenção liminar não permite ao apelante molestar o apelado: há o princípio *Quieta non movere* que leva a invocar-se o próprio art. 500 do Código Civil de 1916.

Se a sentença resolve sobre qualquer questão de propriedade, a apelação tem efeito suspensivo. A ligação obriga a que se tratem como sentenças diferentes, se possível, as duas partes da sentença, só formalmente uma.

Se há qualquer condenação, dá-se o mesmo, e aqui a solução vem através de toda a doutrina portuguesa, com Antônio Gomes e outros, até Manuel Gonçalves da Silva. O problema fora meditado.

3.

Completamento da cognição. Se não foi contestada a ação, os autos são conclusos. A sentença é daquelas a que se chama *sentença* no *estado* em *que se acham os autos.* As afirmações do autor têm de ser tratadas segundo o art.

334, II do Código de Processo Civil. Se o réu contesta e não comparece, o art. 453, § 2ª, é aplicável. Ainda que não tenha havido contestação, a sentença é indispensável para se fazer completa a cognição, que fora superficial. Certa, no regime do direito anterior a 5ª Câmara do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, a 24 de janeiro de 1941 *(RF* 86/615).

No art. 830,11, do Código de Processo Civil de 1939 diziase que as apelações seriam recebidas no efeito somente devolutivo se interpostas das sentenças que julgarem procedentes as ações executivas. Às ações executivas de títulos judiciais apenas eram oponíveis embargos do executado, cuja suspensividade era assaz limitada a espécies de alegações (art. 1.010), a que hoje se assemelha o art. 741 do Código de 1973. A execução de títulos extrajudiciais era em ação diferente, com a contestabilidade, e não a embargabilidade. Acabou isso *e* os embargos do devedor, a ação seja executiva de título judicial (Código de 1973, arts. 584 e 741-744), ou seja de titulo extrajudicial (arts. 585 e 745), só excepcionalmente tem eficácia suspensiva (arts. 741 e 745, V parte). Portanto, se a alegação é de falta ou nulidade de citação no processo de conhecimento, se ação corre à revelia do ora embargante (art. 741, 1), se é da inexigibilidade do titulo (art. 741, II), se é de ilegitimidade das partes (art. 741, III), se é de cumulação indevida de execuções (art.

741, IV), se é de excesso de execução, ou de nulidade dessa até a penhora (art. 741, V), se é de a haver qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, desde que superveniente a sentença (ml. 741, VI). Ou se é de incompetência do juizo da execução, bem como se é de suspeição ou impedimento do juiz (arts. 744, Vil, e 742).

Se a ação de que cogita o art. 931 foi de força declarativa e houve apelação, não se pode pensar em suspensão, porque ainda não houve eficácia. Não houve execução e nada havia para se suspender. Se houve reintegração liminar, a apelação é da sentença, e não, se o efeito foi anterior à. sentença de que se apela.

4. Com posse e processo. A posse é acidental para o condominio como o é para o domínio. Pode haver domínio e posse, domínio e composse, condomínio e posse única, condomínio e composse, como domínio sem posse e condomínio sem posse.

a) Qualquer dos condôminos pode exercer os atos inerentes à posse, desde que não exclua a posse dos outros condôminos. O Código Civil, no art. 488, previu: "Se duas ou mais pessoas possuirem coisa indivisa, ou estiverem no gozo do mesmo direito, poderá cada uma exercer sobre o objeto comum atos possessórios, contanto que não excluam os dos outros compossuidores." A posse e a defesa da posse comum exercida por um só ou alguns dos condôminos aproveita a todos. O ato de um, ou de alguns, aproveita a todos, quer para interromper a usucapião da propriedade, ou da servidão, quer para outros efeitos de direito. Tanto o compossuidor direto quanto o indireto têm defesa possessória, portanto também o que alugou a coisa comum. Não há, no direito brasileiro, a ação possessória para determinação dos limites do uso entre condõminos; porque a questão é *petitória.* Porém permanece a possessória contra turbação da composse.

b) O comuneiro, na comunhão *pro diviso,* se tem posse, a sua posse é tratada como a de qualquer outro. Cedo foi assente isso no direito português e, depois, no direito luso-brasileiro. Antônio Gomes, em *Variarum Resolutionum Libri tres* e no *In Leges Tauri Commentarius,* aludiu ao interdito recuperatório da parte divisa; e Miguel de Reinoso *(Observationes Practicae,* 186) viu bem o problema da posse *pro indiviso* e da posse *pro diviso: Pars certa pro diviso vel pro indiviso possidetur.* Tanto tem posse o que possui a parte intelectual ou ideal como o que possui a parte divisa.

Ambas são *in re certa.* Se bem que miudasse casos, Manuel de Almeida e Sousa *(Tratado dos Interditos,* 190) não no disse melhor. Incluiu, com razão, aquele, que lembrara a Diogo Guerreiro, dos herdeiros ou sócios que, "por arrumação antes das partilhas", se põem de posse de partes divisas. (Sobre as ações possessórias entre condôminos e donos de apartamentos, nosso *Tratado de Direito Predial,* vols. 1 *e* II, e nesta

obra, Tomo XII.) 5.

Conteúdo do Código Civil, art. 500. Se duas ou mais pessoas vão a juízo e alegam ser possuidores, estabelece-se dúvida que, de ordinário, impede a cognição incompleta a favor de quem primeiro foi a juízo. Seria arriscado provisoriamente manter-se o que primeiro pediu a proteção possessória, se não tem consigo a coisa. Daí o problema técnico: se alguém se há de manter provisoriamente há de ser aquele que alega e prova a tença da coisa, salvo se manifestamente a obteve de algum dos outros viciosamente (violenta ou clandestina). E isso o que se estatui no art.

"Quando mais de uma pessoa se disser possuidora, manter-se-áprovisoriamente a que detiver a coisa, não sendo manifesto que a obteve de alguma das outras por modo vicioso." Aplicando-o, disse a Câmara Civil da Corte de Apelação de Minas Gerais, a 23 de setembro de 1936 *(RF* 68/587): "... o que ensinam os melhores autores é que a hipótese prevista no art. 500 é a de diversas pessoas, dizendo-se cada qual possuidora, com exclusão das outras. Uma delas detém a coisa, mas há dúvida sobre o seu direito. Se essa detenção não resulta de um esbulho ou abuso de confiança, o juiz mantém a posse aparente, enquanto não se apura a quem, realmente, ela cabe." Advirtamos que o art.

500 só se refere à posse de mais de ano e dia, porque, quanto a outra, resolve o art. 507. A fonte do art. 500 é o direito posterior ao século XIII, na Itália *(mandatum de manutenendo),* na Espanha *(inicio de ínterim),* na França *(recreden tia).* Não se encontra na glosa, mas está em Durante e Johannes Andrea.

§ 1.144. Indenização de perdas e danos

1.

Indenização e liquidação. Diz o art. 921 do Código de Processo Civil: "É lícito ao autor cumular ao pedido possessório o de: -

condenação em perdas e danos

O Código de Processo Civil permite (ti) que se condene àindenização das perdas e danos em quantia certa, que se haja fixado durante o

processo (Código de Processo Civil, art. 603, 1ª parte, *a contrario sensu); (14* que se condene para se apurar na execução da sentença, que é de dupla natureza, — de procedência da manutenção ou da reintegração e de condenação a perdas *e* danos; (c) que se deixe a outro processo. Na espécie *(b),* os arts. 603-611 do Código de Processo Civil são aplicáveis. Pede-se, na ocasião do pedido de manutenção ou de reintegração, a condenação em perdas e danos. Pode ser que, ao pedir-se a manutenção, já houvesse ocorrido danos, devidos à ameaça ou temor, ou à turbação. Ali, cabe o interdito proibitório (art. 932), a que também se aplica o ml. 921. Aqui, a ação de manutenção ou de restituição (art. 926).

Seja como for, há sempre a cumulabilidade, o que simplifica as soluções. A indenização pode consistir em quantia certa, que se haja fixado durante o processo, isto é, devidamente apurada, ou fíxável na execução da sentença, pois que há a sentença relativa ao pedido de manutenção, ou de reintegração, e ao pedido de indenização. Não obsta isso a que, em vez de cumulação, prefira o autor a propositura de duas ações, talvez mesmo de três ou quatro (a de manutenção ou de reintegração; a de condenação, em perdas e danos; a de cominação da pena para caso de nova turbação ou esbulho, a de desfazimento de construção ou de plantação em detrimento da posse). Só se condena o réu a perdas e danos se o autor ganha a ação (1a Câmara do Tribunal de Apelação de Minas Gerais, 5 de fevereiro de 1942, *RF* 90/776); só se condena o autor, se perdeu. Se o réu, que perdeu, ou o autor, que perdeu, tem pretensão a perdas e danos, essa pretensão somente pode resultar de má-fé (art. 17). A 1ª Câmara Cível excluiu os danos *e* perdas causados durante o mandado do adiantamento de execução, o que não está certo.

O pedido de indenização tem de ser feito na petição inicial (7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 4 de junho de 1951, *RDI* 14/65), ou reconvenção, ou incluso na contestação.

A expressão “perdas e danos” abrange todos os danos e prejuízos que haja sofrido ou sofra o autor ou o demandado, se os pediu (4e Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 4 de maio de 1950, *RT* 187/243).

A *pretensão* à *indenização das perdas e danos* é *à* semelhança da pretensão a reivindicação. Sempre o foi. Não há confundir-se com a *pretensão à manutenção* ou *à reintegração,* que provém da ofensa à

posse. Quando regra jurídica de direito material ou processual, diz que a reintegração se opera à custa do esbulhador, no mesmo lugar do esbulho, refere-se à sstisfação de pretensão por ofensa à posse; e tal pretensão é objeto mesmo do pedido. Quando fala do direito à indenização dos prejuízos sofridos, cogita de perdas e danos, além do que, para a reintegração, se fará à custa do demandado. Se havia, por exemplo, má-fé, essas perdas *e* esses danos, por perda ou deterioração da coisa, são quaisquer, *ainda* sem *culpa.* O de boa-fé não responde por essa perda ou deterioração, *ainda se teve culpa.* E preciso não se encambulharem as pretensões. A reintegração à custa do demandado fez-se como ato de execução forçada da decisão que apreciou a posse. É de frisar-se a distinção entre as duas pretensões: a pretensão à indenização por perdas e danos e a pretensão àmanutenção ou reintegração.

Por outro lado, não se confunda boa-fé (ou má-fé), referindo-se a posse, com a culpa, que concerne ao fato ilícito causador do dano. Na jurisprudência, algumas vezes juizes encambulharam os dois conceitos, com prejuízos da sistemática jurídica e das partes. Adiante, no fim da nota, damos exemplo.

O esbulhado não precisa de pedido à parte, para que se dê, à custa do esbulhador, a reintegração: pediu-o, pedindo a reintegração. Quanto à indenização por perdas e danos, não: tem de alegar e provar perdas e danos, passados, presentes ou futuros; portanto tem de pedi-los. Cf. 6ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 29

de a~jsto de 1952 *(RT* 205/159).

Só se entendem implícitos os pedidos de indenização das perdas e danos resultantes da ofensa à posse até ser mantida ou reintegrada.

Quanto às perdas e danos futuros, tem de ser explicito o pedido.

O juiz não pode condenar a indenização de perdas e danos, passados, presentes ou futuros, sem que o autor ou o réu tenha pedido (contra os princípios, o parecer do Procurador Geral da República, a 22 de abril de 1953, publicado no *Di* de 28 de maio; certa a jurisprudência, *e.q.,* 1ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 19 de junho de 1951, *RT* 193/842, quanto à necessidade do pedido pelo réu, e Câmaras Civis Conjuntas do Tribunal de Justiça de São Paulo, 16 de

abril de 1951, *RT* 192/ 334, *e RF* 141/282).

A reintegração à custa do vencido, na ação possessória, éelemento da *executividade.* Não se confunde com a indenização de perdas e danos que não são elementos da reintegração. Daí aquela não precisar ser explicitamente pedida: o pedido contém-na.

O possudir de má-fé responde conforme o direito material. A 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, a 3 de julho de 1950 *(1W* 133/425), decidiu que a condenação por perdas e danos, na ação possessória, depende de má-fé ou dolo. A falta de terminologia exata no voto do relator foi alarmante: apura-se se houve posse de má-fé, ou de boa-fé; se houve posse de má-fé, rege o art. 515 do Código Civil de 1916. Não se tem de apurar dolo, nem culpa. Com muita sabedoria, o direito anterior, em que o art. 515 do Código Civil de 1916 se inspirou, ia buscar a solução à L. 15, § 3, D., *de rei vindicatione,* 6, 1: *Si servus petitus vel animal aliud demortuum sit sine dolo maIo et culpa possessoris, pretium non esse praestandum plerique aiunt: sed est verius, si forte distracturus erat petitor si accepisset, moram passo debere praestari: nam si ei restituisset, distraxisset et pretium esset lucra tus.* Assim, já Ulpiano repelia opinião errada, como a da 1ª Turma, no acórdão citado, e claramente assentava a verdadeira. Se o escravo pedido, ou qualquer animal morreu, sem dolo mau nem culpa do possuidor, dizem os mais que não se há de prestar o preço; mas verdadeiro é que, se acaso o houvesse alienado o demandante e recebido o preço, prestar dever-se-ia a quem sofresse a mora: porque, se lho houvesse restituído e ele o alienasse, teria ganho o preço. Foi a segunda opinião que se pôs claro no *Preussisches Allgemeines Landrecht,* 1, Título *7,* §§ 240 e 241, no livro de M. A. Coelho da Rocha *(Instituições,* 1, 354) e no Código Civil de 1916, art. 515.

A condenação a perdas e danos é feita na sentença final da ação de manutenção ou de reintegração na posse; não na sentença sobre o atentado.

2.

Eficácia da sentença. A sentença, nessa parte, é de condenaçâo, e como tal deve ser tratada. A lei ordena, implicitamente, que o juiz condene. E ele o juízo do *an debeatur;* a ele toca decidir se há responsabilidade pelo dano, ou se não há. A execução da sentença apenas ficará resolver sobre o *quantum debeatur,* sobre a importância do débito.

O juízo cinde-se: sentença sobre o *an debeatur;* sentença sobre o *quantum debeatur.* Assim permite-se essa separação do *existir* e do *quanto,* com a conseqüência, —discutida em doutrina, se lei expressa não a faculta, — de não ir a sentença até onde queria que ela fosse o pedido do autor *(thenia decidendum).* Tem-se procurado construir como *citra petita necessitatis (vel utilitatis) causa* e a jurisprudência brasileira, como a de muitos outros países, usou e abusou desse expediente da cisão do juízo. E claro: *a)* que o juiz não deve deixar para a execução, como se danos existissem, a liquidação deles, se não está convicto da existência de algum; *b)* que deve motivar a razão da cisão, quando não está no pedido, ou esse não a contém como alternativa; *c)* que, se o autor não pediu o *quantum debeatur,* mas apenas decisão sobre o *an debeatur,* lhe é vedado julgar *ultra petita.*

Temos, agora, de examinar ocorrência legislativa. No Código de 1939, art. 374, dizia-se que "a indenização das perdas e danos, a que qualquer das partes for condenada, liquidar-se-á na execução da sentença, quando o seu va"lor não houver sido apurado na ação". O Código de 1973 retirou-o; porém a parte da sentença, a que se alude, é condenatória, de modo que ou há o peso 4 de executividade ou o peso 3. Precisa-se de liquidação se ilíquida a divida; dela não se precisa, se líquida. A liquidação é assunto do art. 603-611.

§ 1.145. Elementos eventuais da sentença

1.

Se o *reintegrado é, afinal, vencido.* Se, após a reintegração, é vencido o reintegrado, indeniza o que de prejuízos resultou da reintegração (4ª Câmara da Corte de Apelação do Distrito Federal 1ª de dezembro de 1933, *Ai* 31/235: "Ao possuidor que, depois de reintegrado na posse, veio a perder a demanda em virtude de sentença judicial, cumpre indenizar os prejuízos que, da reintegração por ele requerida e obtida, resultaram ao vencedor da ação possessória. Apresenta-se, assim, situação semelhante à do art. 503 do Código Civil. E sendo exigida indenização pela renda que a coisa produziu, não é possível exigir, cumulativamente, indenização pela depreciação resultante do uso normal"; 55 Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 8 de setembro de 1938, *RT* 117/131; 1ª Câmara do Tribunal de Apelação de Minas Gerais, 5 de fevereiro de 1942, *RF* 90/776).

O possuidor, que pede manutenção ou reintegração, ou pede desde logo a indenização, ou não na pede. Se a pediu, não pode o juiz deixar de deferir o pedido, se deferiu o de manutenção ou de reintegração. Se não foi pedido, não é julgar *extra petita* condenar o réu a indenizar. Entende-se implícito o pedido. Surgem dúvidas quando o juiz deixa de condenar, explicitamente. Aí, não se pode exigir, se a sentença transita em julgado, que se inclua como eficácia imediata, ou mediata, de sentença de manutenção ou de reintegração (que é de carga ~, ~, ~, ~, ~, na de manutenção; e , , ~, ~, ~, na de reintegração) a indenização: é preciso ter havido a condenação, de modo que haja de executividade (na própria ação, portanto), ou ~, em ação àparte, como é no direito brasileiro (cf. *Comentários ao Código de Processo Civil* de 1939,111, *2,* 432; de 1973, XIII, 191). Se não transitou em julgado a sentença de manutenção ou de reintegração a que falta a referência à condenação, não está completa (= a decisão é menor do que o pedido), e há de alegar-se em recurso (cf. 4ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 26 de agosto de 1947, *RE* 118/153).

Durante a posse, pode dar-se que tenha havido dano, ou deterioração da coisa, ou perecimento, pelo qual haja alguém indenizado, por culpa, ou ainda sem culpa. Se esse solvente ignorava que a coisa não era do possuidor, ou que era viciosa a posse, ou que sobre a coisa tinha algum direito, está liberado; *aliter,* se o sabia. Tal principio protege o tráfico, a livre atividade da vida. É o mesmo que saber dever saber. A regra jurídica não concerne apenas às obrigações ex *delicto* (K. Hellwig, *Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft,* 423; E. Meyer, *Die Legitimationskraft* des *Besitzes nach* § *851 BGB.,* 28 si.

Nas ações possessórias, se nenhuma das partes prova a posse, o juiz tem de julgar improcedentes a ação e a reconvenção, mesmo se implícita (6ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 5 de junho de 1950, RT

188/118).

O réu vencido na ação possessória tem de prestar o que recebeu.

2.

Sentença contrária, para todas as partes. Se nenhuma das partes

consegue provar a posse, a sentença, que julga improcedente a ação, deve deixar claro que não reconhece a posse de qualquer dos litigantes (6ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 5 de junho de 1950, RT 188/118). Aliás, se nada diz, não se há de interpretar como tendo reconhecido a posse do réu, o que decidiu foi quanto a não ter posse o autor. Todavia, essa sentença não dá jus a que se atente contra o principio *Quieta non movere.* O juiz pode manter a *tença* (Código Civil de 1916, ari. 500), ou reintegrar o tenedor, com explícita declaração da razão por que o faz.

3.

Novo *esbulho* ou *turbação.* A sentença favorável na ação de turbação ou esbulho não impede que se proponha nova ação, por outra turbação, ou outro esbulho (cf. Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 23 de fevereiro de 1931, RT 77/527: "O fato de ter sido o possuidor reintegrado nºo impede que proponha nova ação, versando sobre a mesma coisa, com queixa de novo esbulho ou turbação, pois ao possuidor é lícito propor tantas vezes ação em defesa de sua posse quantas forem as agressões a ela feitas"). A pretensão é outra, posto que a mesma a posse e o mesmo o ofensor.

4.

Honorários de advogado. Quanto à inclusão ou não-inclusão dos honorários do advogado no quanto da indenização, há a tese da inclusão *(e.g.,* 5ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 17 de novembro de 1937, 1W 73/99, 3ª Câmara, 5 de março de 1940, *RT* 127/198; 1ª Câmara, 14 de agosto de 1945, 160/729; 17 de dezembro de 1945, 162/214; 1ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 8 e 14 de abril de 1947, 167/654/168/669; 3ª Câmara, 26 de julho de 1947, 169/600; 2ª Câmara, 5 de agosto de 1947, 169/682; 2ª Grupo de Câmaras Civis, 6 de novembro de 1947, 172/554; 6ª Câmara, 7 de dezembro de 1948, 179/194; 3e Câmara, 10 de fevereiro de 1949, 179/118; 6ª Câmara, 11 de fevereiro de 1949, 179/115; 1ª Grupo de Câmaras Civis, 7 de março de 1950, 186/129); e a antítese da não-inclusão (Tribunal de Apelação do Rio Grande do Norte, 3 de dezembro de 1941, *RF* 93/554; 2ª Grupo de Câmaras Civis do Tribunal de Justiça de São Paulo, 7 de outubro de 1948, *RT* 177/639). A pretensa síntese só exige que se apure o dolo. Certa é a tese, não pelos fundamentos que se apresentam nos julgados, mas porque o art. 503 é regra jurídica de responsabilidade ainda sem culpa.

Se a sentença foi concebida em juízo dúplice e manteve ou reintegrou o réu e há condenação à indenização, incluem-se os honorários (4e Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 27 de abril de 1931, *RT* 78/66; 2ª

Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 9 de junho de 1938, 115/289; 2ª Câmara Civil do Tribunal de Apelação do Rio Grande do Sul, 14 de julho de 1938, *i* 14/231; 2ª Grupo de Câmaras Civis do Tribunal de Apelação de São Paulo, 5 de novembro de 1941, RT 136/ 213; 1ª Câmara, 14 de agosto de 1945, 160/729; 6ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 10 de junho de 1949, 182/ 190; 2ª Grupo de Câmaras Civis, 10 de novembro de 1949, 184/63).

O pedido de honorário de advogado é independente do pedido de indenização por perdas e danos (5ª Câmara Cível do Tribunal *de* Justiça do Distrito Federal, 9 de agosto de 1949, RF 133/ 136), mas está incluído no de perdas e danos, se foi feito em geral (1ª Grupo de Câmaras Civis do Tribunal de Justiça de São Paulo, 7 de março de 1950; 2ª

Câmara Civil, 22 de novembro de 1949, *RT* 186/129; 6ª Câmara Civil, 16 de junho de 1950, 188/273; 3ª Câmara Civil 28 de setembro e 14 de dezembro de 1950, 189/740 e 191/228; 1ª Câmara Civil, 1ª de abril de 1952, 201/ 142).

Quanto aos honorários de advogado, incide o art. 20 (antes, havia divergências, *eg.,* 3ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 6 de setembro de 1951, *RT* 195/178). Alguns acórdãos partiam do falso postulado de serem atos ilícitos, *sempre,* os atos de ofensa à posse, sem atenderem a que há atos-fatos ilícitos que a atingem e a que a reintegração pode ser contra o possuidor de boa-fé *(e.g.,* 6ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 12 de outubro de 1951, *RT* 196/92 *e RF* 143/296; 18 de maio de 1952, *RT* 202/221).

Não se pode, a pretexto da natureza dúplice da ação possessória, entender que os honorários de advogado precisam sempre ser pedidos, ou que eles, ai, nem sempre se devam. No Código de 1973 há a regra jurídica que estava no art. 64

do Código de 1939. Rege, hoje, o art. 20. Mas temos de admitir que, na ação possessória, mesmo se o vencido procedera ilicitamente, há prestação de honorários.

Capítulo IX

Sequestro da Posse

§ 1.146. Direito anterior

1.

Direito anterior. O seqiiiestro da posse era indicado pelas Ordenações Afonsinas, Livro IV, Titulo 12, § 3, quando se temes *se* peleja *e* arruído entre viúvo e herdeiro do cônjuge premorto: *aquele, que uivo ficar disser e alegar algua justa razom, per que taaes bees, terras ou feudos, que do finado fossem, lhe pertencem, ou teem em eles alguu direito, e as pessoas forem taaes, de que se tema de virem a pelejas e arroido, em tal caso queremos, e mandamos que os ditos bees, terras, ou feudos se ponhão em socresto em maôo de pessoa fiel, e idônea, que os tenha até seer determinado por direito a quem pertencem.* A regra jurídica passou às Ordenações Manuelinas, Livro IV, Título 7, §

3, e às Ordenações Pilipinas, Livro IV, Título 95, § 2.

2.

Generalização da medida cautelar. A doutrina generalizou, como devera, a medida. Álvaro Valasco *(Decisionurn Consultationum,* II, 461 s.) partira do princípio de ser, de regra, proibido o seqUestro *(Sequestrum regulariter est prohibitum)* e admitia-o quando houvesse perigo de rixa e uso de armas, notadamente em caso de pessoas que se dizem possuidoras. O juiz tem, ai, o dever de seqUestrar. Assim, também, Antônio de Sousa de Macedo *(Decisiones,* 164) e Manuel Alvares Pêgas *(Resolutiones Forenses,* II, 1.072 e 1.081 s). A Casa da Suplicação, a 27 de fevereiro de 1670, confirmou sentença do Juízo de Lisboa, de 8 de novembro de 1669, seqUestrou e mandou arrendar, em pregão, propriedades sobre cuja posse se discutia. Na sentença dizia o juiz: "Mando que as ditas propriedades se ponham em pregão e se arrendem a quem mais por elas der, para entregar a dita renda a quem vencer na causa", "com declaração que não prejudicará esse ato de arrendamento ao direito de nenhuma das partes, que lhe ficará reservado, na forma que lhe tocar"

O pressuposto da rixa ou arruído foi passando à segunda plana, em se tratando de posse, dando ensejo a que Manuel de Almeida e Sousa *(Tratado dos Interditos,* 146) escrevesse: "Também, *e* ainda pendente já a demanda, pode decretar-se o sequestro da posse, se a de qualquer dos contendores é tão duvidosa que constitui o juiz em perplexidade sobre qual deles é aparentemente mais justo possuidor para lhe adjudicar interinamente a posse.

O sequestro durava enquanto não se decidia a causa, salvo, entendiam alguns, sem razão, se era substituído por satisfatória caução, compondo-se os pressupostos para essa.

§ 1.147. O sequestro no Código Civil, art. 507, parágrafo único, 2ª parte in fine 1.

Conteúdo da regra jurídica. O seqUestro a que se refere o art. 507, parágrafo único, 2ª parte, *in fine,* tem por pressupostos:

a)

não estar em exame posse de, pelo menos, ano e dia; *b)* haver dúvida para todas as postulações de posse (=

inexistência ou dúvida sobre os títulos ou titulo, dúvida sobre qual a mais antiga das posses, dúvida sobre existência de posse atual ou sobre qual seja a posse atual). Tal seqUestro dura enquanto não se decide haver "melhor" posse, ou não se mantém ou reintegra, em remédio adequado, o possuidor. Aí a lei criou o seqUestro, sem substituibilidade pela caução. Para se relaxar o seqUestro tem de ser respeitada a competência do juizo que o decretou, ou provir de via recursal a decisão.

2.

Sequestro da posse por outro fundamento. Também pode ser decretado o sequestro se, *a)* pendente a lide possessória, ou antes de ser suscitada, é de recear-se, fundadamente, que surjam rixas e violências entre os que se dizem possuidores, *b)* se, antes da decisão, for provável a ocorrência de atos que possam causar lesões, de difícil e incerta reparação, ao direito de uma das partes, *c)* quando, no processo, a uma das partes for impossível produzir prova, por se não achar na

posse de determinada coisa. Tal sequestro nada tem com o sequestro que a lei determina fazer-se com fundamento no art. 507, parágrafo único, 2ª parte, *in fine,* do Código Civil. Ambos são medidas cautelares, mas um provê ànecessidade de prevenção devido à perplexidade do juiz, e outro, a outros dados da vida que criam a perplexidade (rixa ou violência; difícil reparabilidade de danos; necessidade de produção de prova).

3.

Intervenção, embargos de terceiro e seqúestro. No caso de intervir ou embargar terceiro, pessoa que se diz senhor da coisa demandada, ou possuidor, em ação pessoal sobre a coisa, havendo razão para o seqúestro (Código de Processo Civil, art. 798), seqUestra-se a coisa. O "emprestou, arrendou, ou alugou" da Ordenação do Livro 111, Título 54, § 4, era exemplificativo (explicitação que, parece, se deve a João Rodrigues Cordeiro, em 1713, nas *Dubitationes Iv ris,* dúvidas 49-51). A jurisprudência já havia confirmado isso (Supremo Tribunal Federal, 14 de abril de 1915, *Ri* 1/267). Nunca, porém, adquirira a generalidade que depois conseguiu a partir do Código de 1939, mis. 675, 1111, e 676, 11, do Código de Processo Civil. Note-se, porém, que esse terceiro não pode ser o servidor da posse (Código Civil, art. 487), nem o que possui por tolerância (Código Civil, art. 497), salvo se, litisdenunciado (art. 70 do Código de Processo Civil), chamou a outrem (art. 73, do Código de Processo Civil), mas esse não veio a juízo. Idem, o órgão da pessoa jurídica, na ação contra essa.

No sistema do Código de Processo Civil, a medida pode ser preparatória.

4. *Sequestro da* posse *e* posse. Se ocorre o sequestro com base no art. 507, parágrafo único, 2ª parte, *in une,* do Código Civil, a posse vai ao depositário, como ocorreria se o seqúestro se baseasse no art. 822, 1-111, do Código de Processo Civil.

Os velhos juristas apuram muito o fato de ter a posse o terceiro, no seqUestro voluntário, e não na ter no sequestro judicial, repetindo o *Sequestratio nem inem spoliat* (Manuel Mendes de Castro, *Practica Lusitana,* 1, 166; Antônio Vanguerve Cabral, *Prática Judicial,* 178; J. 1. Ramalho, *Praxe Brasileira,* 117). Mas hoje essa duvidosa distinção não vale mais sob o Código Civil e a nova teoria da posse. Aquele que

guarda a coisa sequestrada, em virtude de seqUestro judicial, tem posse imediata, como o que a guarda em virtude do seqUestro voluntário, como o liquidatário da massa falida, o inventariante judicial, o depositário dos bens penhorados (P. Riedinger, *Besitz an gepfóndeten Sachen,* 62). Ora se fala de posse de administração, ora de posse de seqUestração (C. Crome, *5v~ tem,* III, 27). Nenhum desses tenedores é servidor da posse (Código Civil, art. 487). Todos têm a posse imediata ou direta; e o dono da coisa, a mediata ou indireta (E. Stein, em Gaupp-Stein, *Die Zivilprozessordnung,* II, 596, nota 72). A L. 17, §

1, *depositi vel contra,* 16, 3, não pode ser invocada. Nem, ainda, é verdade que no depósito convencional não se transfira ao depositário a imediatidade da posse: tem ele, explícitamente na lei, a posse direta (Código Civil, art. 486).

que se trata, por exemplo, no caso de serem duvidosas todas as pessoas, e compreende outros casos, como se o prédio emprazado vier a pertencer a duas ou mais pessoas, como substitutiva do seqUestro, ou não. O juiz pode sequestrar a posse: *a)* se há risco de rixa grave, antes de se decidir definitivamente a ação possessória (ob *timorem scandalfl; b)* no caso do art. 507, parágrafo único, do Código Civil; c) se houve resolução judicial, a respeito da mesma posse, que penda de conflito de jurisdição entre o seu prolator e o juízo que concedeu o mandado de manutenção ou de integração

"provisória" (cf. Antônio de Sousa de Macedo, *Decisiones,* 164). Os nossos velhos juristas, para aludirem à substituibilidade do seqUestro pela caução, diziam que era "a medicina do seqUestro", somente executada onde a lei manda fazê-lo por interesse de outrem que o caucionando. Resta saber-se se cabe o seqUestro quando o autor não pode prestar a caução. A resposta está no art. 925 do Código de Processo Civil, mas somente para a espécie de que trata.

Na fase de elaboração do Projeto de Código de Processo Civil de 1939, Álvaro Mendes Pimentel (Observações, 100) notou, e bem, que a regra jurídica do art. 372 do Código de Processo Civil de então, que hoje está no art. 925, continha restrição de classe: "somente os abastados poderão gozar da reintegração *initio litis."*

§ 1.148. Caução e seqúestro por inidoneidade financeira

1. *Caução.* Diz o art. 925 do Código de Processo Civil: “Se o réu provar, em qualquer tempo, que o autor, provisoriamente mantido ou reintegrado na posse, carece de idoneidade financeira para, no caso de decair da ação, responder por perdas e danos, o juiz assinar-lhe-á o prazo de 5 (cinco) dias para requerer caução sob pena de ser depositada a coisa litigiosa.”

O art. 925 do Código de Processo Civil estabelece a caução ao preceitado ou destituído da posse, — quando contesta, está entendido (art. 930 do Código de Processo Civil), — se falta idoneidade financeira ao manutenido, ou reintegrado, para responder pelos prejuízos que a ação possessória, em que o autor for vencido, der causa. E a caução para evitar o sequestro da coisa.

2. *Seqúestro e caução.* O juiz não é adstrito a deferir, sempre, o pedido de caução, porque a caução depende de ser duvidosa a sorte da coisa em mãos do manutenido ou esbulhado e do êxito da demanda. Aliás, sempre que há perplexidade do juízo, ou se só em obediência ao dever de decidir penderia para o deferimento (art. 930), se usa, desde séculos, *o* seqUestro e, pois, em substituição a ele, a caução, ou vice-versa (Manuel de Almeida e Sousa, *Tratado dos Interditos,* 146). Caução ou sequestro só se levanta depois de ter a decisão passado, formalmente, em julgado.

3. .Seqúestro *convencional.* Se autor e réu convencionaram seqUestro (sequestro convencional, que é *negócio cumulativo de guarda + obrigação de entregar a quem vença a demanda),* vale. A apresentação dele torna sem aplicação o requerimento ou o deferimento da caução, ou o seqUestro judicial, que é o depósito da coisa. Tem os mesmos efeitos o depósito cumulativo, que é o negócio convencional de guarda para entrega posterior a um dos depositantes ou a todos. Se a entrega devia ser a um deles, que ocorreu perder a questão, — contra ele, após a entrega, se executa o mandado do art. 924 do Código de Processo Civil. Se tal convenção foi anterior à ação, não exclui a ação ou as exceções, por ser inválida a cláusula *Solve e repete em* que importaria tal eficácia do negócio plurilateral de depósito ou de seqUestro.

O mesmo raciocínio tem cabimento no caso dos arts. 932 e 933 do Código de Processo Civil.

§ 1.149. Fraude de execução

1.

Ações possessórias e fraude de execução. No art. 593, 1, do Código de Processo Civil, diz-se que a alienação ou oneração de bens se considera em fraude de execução quando sobre eles pender ação fundada em direito real. A ação possessória de reintegração está incluída, por ser ação real, e não por ser pessoal reipersecutória, como pode ser a opinião, inadmissível, de outros.

2. *Alienação ineficaz.* O que aliena a posse, imediata ou mediata, própria ou não-própria, durante a lide *ineficazmente* aliena. O adquirente pode vir a juízo como adquirente, sem afastar o alienante executado, mas a alienação é ineficaz respeito ao exeqúente. Aliás, esse adquirente tem todos os direitos, pretensões, ações e exceções, que escapam à sanção de ineficácia por fraude à execução.

Capitulo X

Interdito Proibitório

§ 1.150. Direito romano e direito posterior

1. *Preceito de abstenção.* Ordens do magistrado, como todos os interditos, ordens *entre* duas pessoas, razão de assim lhes querer explicar o étimo Justiniano (§ 1, 1., *de interdictis, 4,* 15), — os interditos proibitivos eram os interditos no sentido estrito (Gaio, IV, 140). A proibição constituía, e constitui, simples *preponderância* da negatividade, da abstenção, em vez da positividade do ato que o Estado ordena parta de uma das pessoas. Em verdade, não havia, nem há, divisão dos interditos em *retinendae, recuperandae, probibitoria;* houve e há classificação em *decreta (recuperandae, exhibitoria)* e *interdicta (prohibitoria)*. Os interditos atuaram na concepção dos *decreta,* donde a distinção interditos proibitórios *(uti possidetis, utrubi)* e restitutórios. A chamada ação de manutenção contém o elemento proibitivo, porque interdiz que uma das partes, a que turbou, continue de turbar ou turbe de novo.

O interdito proibitório concorreu para a concepção de remédios processuais relativamente recentes, porque em verdade trazia em si o elemento inibente de que se serviriam ações de nascimento medieval *e* dos nossos tempos. Ele mesmo ganhou, já nos séculos XIX e XX, com a investigação científica da sua influência e do seu verbo característico:

“Veto!”

A diferenciação entre a *ameaça* e a *turbaçâo* (ou o *esbulho),* que fez as três categorias de que falam os arts. 926 e 932 do Código de Processo Civil, é de elaboração posterior. O *vim fieri veto* (proibo fazer violência) está no interdito de manutenção, como o *veto* no do art. 932 do Código de Processo Civil. Não há *fadas* na manutenção, como há na reintegração, nem *mitos,* como há na ação de imissão: Há” ne ... facias“, “veto.” A caracterização de dois interditos conservativos, o de manutenção e o de prevenção do ato turbativo futuro, não apagou

todo o elemento proibitivo daquele, que Ulpiano dizia *prohibitorium ad retinendam possessionem.* Trata-se, também, de aplicação especializada do interdito proibitório à *força iminente,* como terceiro caso de força, depois dos dois de força realizada (força nova, força velha). O mandado *de non amplius turbando* abrange a força *iminente* e a *nova.*

A sentença, no interdito proibitório, mostra menos elemento executivo do que na própria sentença de manutenção, e de nenhum modo se parece com a sentença (executiva) da ação de reintegração. Por outro lado, o veto do interdito proibitório, que é como o da ação de manutenção, possui à sua base menor dose de condenação que a da ação de manutenção e, *a fortiori,* da ação de reintegração. O elemento *mandamen tal* prepondera como se passa com a própria sentença na ação de manutenção.

Embora, se fale de que "o juiz segure da violência", não se trata de ação similar às ações cautelares mais se aproxima das ações cominatórias.

2.

Objeto do interdito proibitório. O interdito proibitório não se restringe à posse. Tem outras reminiscências históricas, mesclado a elementos germânicos e canônicos. Mas a ação de que aqui tratamos é só *possessória.* Tudo que se disse em relação ao objeto das outras ações possessórias lhe é aplicável. Não se lhe há de exigir qualquer *direito à* posse, como seria a regra em qualquer caso de ação cominatória.

§ 1.151. Texto legal

1.

Direito material ao interdito proibitório. Diz o art. 501: "O possuidon que tenha justo receio de ser molestado na posse, poderá impetrar ao juiz que o segure da violência iminente, cominando pena a quem lhe transgredir o preceito." Não é preciso que já tenha havido turbação ou esbulho; basta que haja "justo receio. A inserção da regra juridica do art. 501 no Código Civil faz nascer ao ameaçado pretensão ao

interdito proibitório; de modo que a sua posse, como a ameaça e o pedido de cominação, entra no mundo jurídico.

Contra o interdito proibitório articulou-se que é regressivo ao direito romano. Mas tal argUição provém de pessoas que, não encontrando em livros franceses ou de outros povos, o instituto, logo ferreteiam como regressivo ou desacertado o que está no sistema jurídico brasileiro, herança das melhores em todo o mundo e guardada, a despeito de vicissitudes políticas desviadoras das trilhas do destino do povo, por espíritos de escol. E pena que em julgados se repitam tais leviandades (e.g., Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 22 de agosto de 1931, *RT* 80/168).

O interdito proibitório tem por fito afastar, com a proibição, a ameaça de turbação, ou de esbulho. Alega-se e prova-se o receio. A negação da posse, embora não dê ensejo à manutenção, pode dar à proibição, máxime se há notificação para o possuidor sair da posse (Câmaras Conjuntas da Corte de Apelação do Distrito Federal, 11 de dezembro de 1934, *Ai* 34/243), ou se é de concluir-se das circunstâncias. Não é preciso que já tenha havido atos (Corte de Apelação, 30 de outubro de 1935, *RE* 66/509). Cabe contra a administração pública e a justiça (Câmara Civil do Tribunal da Relação de Minas Gerais, 22 de fevereiro de 1930, *RE* 54/272; Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 9 de julho de 1923, *RT* 47/121), nas mesmas espécies em que caberia a ação de manutenção ou a de esbulho. Não importa se a posse que se quer seja protegida é imediata ou mediata (e.g., toca ao depositário de bens penhorados. Câmara Civil da Corte de Apelação de Minas Gerais, 15 de janeiro de 1936, *RT* 66/304). Não revela propósito de ofensa à posse quem pede à justiça tutela aos seus direitos à posse, ou à posse; mas revela-o quem procura a autoridade policial, tratando-se de bem imóvel, ou, tratando-se de bem móvel, sem dar previamente queixa criminal. O protesto judicial não éofensa à posse (2ª Câmara Civil do Tribunal de Apelação do Rio Grande do Sul, 27 de agosto de 1941, *RE* 89/222); não dá base a interdito proibitório, nem na pode dar a ação declaratória da posse. O fato de alguém, possuidor imediato, colher frutos ou fazer benfeitorias, contra a posse mediata, é turbação, ou ameaça de turbação. Tem o possuidor mediato o protesto, medida de segurança, a ação declaratória da relação jurídica ou do conteúdo da posse mediata, e as ações possessórias, inclusive o interdito proibitório (sem razão, a iA Câmara do Tribunal de Apelação do Rio Grande do Sul, a 7 de novembro de 1944, *RE* 101/543).

Tem-se excluído da pertinência do interdito proibitório a ameaça oral ou escrita, sem outros atos (3e Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 19 de dezembro de 1933, *RT* 93/72; 2ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Paraná, 25 de junho de 1947, *RI,* 46/175; 5ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo 28 de maio de 1948, *RT*

175/259). Ora, distinguir o juiz entre o que é ameaça oral ou escrita vã *e* o que não éameaça oral ou escrita vã orça por sutileza imprópria da austeridade da justiça. Ameaça é fato, — ou houve ou não houve. Por outro lado, a ofensa iminente não é só a que deva acontecer, inevitavelmente, em determinado tempo, mas a que se pode prever, em tempo incerto, ou a que é provável que se dê (2ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 7 de dezembro de 1948, *RT* 179/190).

O interdito proibitório não se exerce sem satisfação de pressupostos. Basta que se leiam o art. 501 do Código Civil e o art. 932 do Código de Processo Civil. DaPter sido contra a lei o acórdão da 1ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 26 de novembro de 1945 *(RT* 162/121), que dispensou prova da posse e do receio da ameaça para a cominação da pena. Tal cognição é superficial mas a atribuição de automaticidade ao despacho abusa dos princípios.

2.

Condenação implícita. Se a sentença, na ação de interdito proibitório, ordena que o réu afaste turbação já ocorrida, implicitamente o condenou a renovar as obras, ou instalações (3ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 9 de outubro de 1929, *RT* 75/477), porque os mandados judiciais são aos oficiais de justiça e às pessoas a que o juiz pode mandar, e é a condenação o elemento de eficácia que se dirige ás partes não-subordinadas a mandado judicial não-alternativo. Os mandados “pague ou sofra execução” são mandados de execução em que se torna resolutiva a condição de pagamento. Demais, a medida do art. 501 é interdital e, se aprecia o passado, tem de condenar.

§ 1.152. Pressupostos

1.

Ação de força iminente. Diz o art. 932 do Código de Processo Civil: "O possuidor direto ou indireto que tenha justo receio de ser molestado na posse, poderá impetrar ao juiz que o segure da turbação ou esbulho eminente, mediante mandado proibitório, em que se comine ao réu determinada pena pecuniária, caso transigida o preceito." No direito reinícola, a ação de força iminente aparece na Ordenação do Livro III, Titulo 78, § 5: "Se alguém se temer de outro que o queira ofender *na pessoa,* ou lhe queira, sem razão, ocupar e tomar suas coisas, poderá requerer ao juiz que *segure a ele* e *as suas coisas* do outro que o quiser ofender." A parte grifada corresponde à tentativa peninsular, estrangulada no nascedouro, de criar com toda eficácia o *habeas corpus.*

O texto filipino tinha raízes insignes (Ordenações Afonsinas, Livro III, Título 80, § 6-9; Ordenações Manuelinas, Livro III, Titulo 62, §§ 5-7).

2.

Receio. "Receie", isto é, tenha conhecimento de fatos ou circunstâncias que lhe façam suspeitar de que o réu lhe vai molestar a posse. Quem receia tem de encobrir-se *(re-celare),* porque teme. A violência tem de ser futura, iminente; porém a iminência da turbação não supõe a imediatidade. Não é preciso, pois, que se trate de ameaça de ação imediata, próxima. Iminente está aí por futura. O que se há de exigir é que a distância, no tempo, não seja tal que o *interesse* (art. 39 do Código de Processo Civil) se apague. Posse, tal como se exige ao autor da ação de manutenção (Código de Processo Civil, art. 926), isto é, *atual.* Quem perde a posse, *e.g.,* se foi esbulhado, nenhuma legitimação tem para o uso do interdito proibitório: o "veto" cairia no vácuo. Não importa qual a extensão da ofensa com que está ameaçada a posse, — pode ser temor de esbulho ou da mais leve *e* passageira turbação na posse. "Justo receio" é o receio que se não reduz a simples suspeita, a simples temor subjetivo. E preciso que exista alguma fundamentação dele. Os pressupostos do art. 932 do Código de Processo Civil devem concorrer. A prova é feita sem forma solene, com os elementos que as circunstâncias permitam. A cominação é de pena pecuniária, fixada pelo juiz, que para isso pode atender ao valor do prejuízo que a ofensa temida causaria. A transcrição da petição e do despacho eram essenciais, sob o Código de 1939, art. 379; no Código de 1973, incidem as regras jurídicas do art. 225; a falta

constitui nulidade. São aplicáveis os arts. 214, § 1ª, ou § 2ª, 245, parágrafo único, 247 e 249, §§ 1ª e 2ª do Código de Processo Civil. Se foi cominada a pena, no ventre dos autos da própria ação possessória proc~ssa-se a ação de atentado? Parece que assim julgou a 3ª Câmara do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, a 17 de novembro de 1947 *(RE* 125/203); mas tal solução feriria o art. 880, *pr,* do Código de Processo Civil, *uerbis* "autuada em separado".

Se, no curso da ação, se efetivar o esbulho, ou a turbação, qualquer que tenha sido a ofensa temidQ pelo autor, portanto tendo ocorrido mais ou menos do que esperava, as conseqüências são a da infração do preceito, sem distinção. Infringe o preceito o que, proibido de perturbar a posse, esbulbou, ou que, proibido de esbulhar, perturbou.

O mesmo princípio vale quanto á extração do mandado contra turbação ou esbulho iminente.

Se foi pedida a proibição de esbulho e o réu perturbou a posse, além de se lhe aplicar a pena cominada, expede-se contra ele o mandado de manutenção. Se foi pedida a proibição de turbação e o réu esbulhou, além de se lhe aplicar a pena cominada, por infração do preceito, expede-se contra ele o mandado de reintegração, liquidando-se na execução as perdas e danos em que for então condenadq, ainda que acima da pena cominada, mas independente dela. Aliás, o mesmo ocorre no caso de atentado sem esbulho.

§ 1.153. Processualístíca

1. Autuaçâo *e mandado.* Diz o art. 933 do Código de Processo Civil: "Aplica-se ao interdito proibitório o disposto na seção anterior.

No regime do Código de 1939, autuada a petição, com a justificação, que era feita, ou a simples exposição com provas dos pressupostos, ou simples indicação de fatos notórios (Código de Processo Civil, art. 211), expedia-se o *mandado de proibiçâo,* sem ser ouvido o réu. Somente era citado o réu por esse mandado citatório-proibitório

(como soem ser os de preceitação), tendo-se por feitos, com a citação, o chamamento a juízo *e* o „veto", o „não faça." Parece que a t1e Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 15 de maio de 1941 *(RT* 132/136), pensou não existir mandado *initio litis.* Existia. Bastava lerem-se o art. 379, *verbis* "autuada a petição, expedir-se-á mandado", e o ari.

380, *verbis* "o juiz julgará a pena cominada", do Código de Processo Civil. O autor tinha, como tem, *onus affirmandi* e *probandi (2ª* Câmara do Tribunal de Apelação de Minas Gerais, 21 de outubro de 1940, 1W 86/417).

Na sistemática do Código de 1973, passa-se diversamente. Uma vez que o possuidor, seja imediata ou mediata a posse, tem justo receio de ser molestado nela, pede ao juiz o mandado proibitório, com a cominação da pena pecuniária, caso não atenda ao preceito. Tem o autor de provar a sua posse, o justo receio de ser ofendida a sua posse.

Devidamente instruída a petição inicial, pode o juiz, sem ouvir o réu, deferir a expedição do mandado liminarmente.

Se não se convence da necessidade de tal medida imediata, determina que o autor justifique o que alegou, citando-se o réu para comparecer à audiência que for designada.

Julgada procedente a justificação, o juiz faz expedir-se, desde logo, o mandado proibitório. O art. 933 estabelece que se aplica ao interdito proibitório o que se estatui na seção anterior, que é dos arts. 926-931. Apenas surge a questão de se saber se o art. 928, parágrafo único, em que se cogita das medidas contra as pessoas jurídicas de direito público tanto concerne à manutenção e à reintegração da posse quanto ao interdito proibitório. Não há razão para as dúvidas, porque o art. 933 foi claro: ao interdito proibitório aplica-se tudo que constar da seção anterior 2. *Contestação.* Tendo ocorrido, ou não, a expedição do mandado liminar, tem o autor de, nos cinco dias subseqoentes, promover a citação do réu para contestar a ação. Se houve justificação prévia, o prazo para a contestação conta-se da intimação do despacho que deferiu ou não a medida liminar. Após, o procedimento é o ordinário. No Código de 1939, art. 380, se o réu não contestava o pedido, o juiz julgava a pena cominada, *podendo reduzi-Ia* (isso não significava que fosse compensatória a pena). Essa sentença não era contumacial (sem razão, Manuel de Almeida e Sousa, *Ações Sumárias,* 1, 370). A não-contestação tinha os efeitos do art. 209 do Código de

Processo Civil de então. O art. 266, 11, do Código de Processo Civil de 1939, era sem aplicação. “Julgar a pena” era confirmar a cominação feita. A sentença era de mandamento, como a de embargo. O recurso era o de apelação (Código de Processo Civil de 1939, art. 820).

Tinha ambos os efeitos. O Código de 1973 eliminou o art. 380 do Código de 1939. Hoje, como antes de incidir o Código de 1973, tem o juiz de julgar a ação, porque o art. 931 (que incide por força do art. 933) não distingue se houve ou se não houve contestação para que seja ordinário o procedimento. O juiz já cominara a pena pecuniária e, *ex hypothesi,* ocorreu a transgressão do preceito. O que pode acontecer, e.g., é que o juiz invoque os arts. 319 *e* 320, ou o art. 324, ou o art. 387. Aliás, pode o juiz, a despeito da revelia do réu, proceder a inspeção judicial (arts. 440-443). Demais, o juiz, ao julgar, tem por si o art. 459, e o art. 460, 2ª parte. Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influi no julgamento da lide, pode o juiz, de oficio, levá-lo em consideração (art, 462), no momento de proferir a sentença. Era o que sempre sustentáramos e está hoje no Código de 1973.

3. *Não-contestação.* Se o réu contestava, a ação seguia, no direito anterior, o curso ordinário (arts. 293-297 e 263-272

do Código de Processo Civil de 1939). A apelação era o recurso cabível (Código de Processo Civil, art. 820). No Código de 1973, o art. 931, a que remete o art. 933, não traça discrime: se houve ou não resposta, o mesmo é o procedimento, ordinário. Se o réu não contesta, reputam-se “verdadeiros os fatos afirmados pelo autor” (art. 319) e tem-se, por certo o fato da turbação, do esbulho ou do que constitui suporte fático de incidência das regras jurídicas do art. 932. “salvo se o contrário resultar da prova dos autos”(arg. art. 277, § 2ª, 2ª parte), ou “da convicção do juiz” (arg.

Lei nº 9.099, de 26 de julho de 1995, art. 20, *in fine).* Os arts. 130 e 131, bem assim o art. 320, do Código de Processo Civil podem incidir.

4.

Comparência sem contestação. Cumpre não se confunda a) o comparecer no sentido de aparecer em juízo, estar em relação de presença *com* o juiz, pedindo vista, o que permite comparecer e não contestar; *b)* o comparecer, contestar e nao *comparecer a audiência;* c)

o comparecer, contestar e *comparecer à audiência.* O caso c), a exemplo dos casos *b)* e *a),* rege-se pelo art. 931 do Código de Processo Civil (cf. o art. 274). O caso *a)* vale não comparecer.

Rege o art. 319 do Código de Processo Civil, subindo os autos conclusos para a sentença, de regra (cp. nº 3). O caso *b)* é assunto do nº 5.

5.

Contestação sem *comparência.* Se o réu contesta, porém não comparece à audiência, não cabe ao juiz proceder de acordo com o art. 319, do Código de Processo Civil, mas, preenchidos os pressupostos, pode incidir a regra jurídica do art. 343, § 2ª No direito anterior, não cabia o procedimento segundo o art. 266, 11, do Código de 1939. (Já à nota 5

dos *Comentários* ao art. 303 do Código de Processo Civil de 1939, mostráramos o tratamento diferente que a lei deu ao caso do art. 303, § 1ª, do mesmo Código, onde não se tratavam no mesmo pé de igualdade o não-contestar e o não-comparecer.)

§ 1.154. Petitório e possessório

1.

Conceito da ação de iniissão na posse. A ação possessória, em contraposição às petitórias, nasce da posse, e de modo nenhum tem por fito assegurar o direito à coisa. Nada tem com esse direito. Apenas se pode dizer que a tutela possessória repele o não-direito "formal" (R. Sohm, *Institutionen,* 1ª ed., 431) do réu. Os *interdicta adipiscendae* possessionis, que supõem ainda não se ter a posse e têm por fito obtê-la, são de natureza petitória,—fazem valer direito à posse, seja o direito de propriedade *(interdictam quem fundam),* seja o direito de penhor *(interdictum Salvianum),* seja o de herança *(interdictam quorum bonorum, interdictam quod leqatoram).* A discussão entre os que lhes vêem possessoriedade, ou não, parte de premissas falsas. O interdito Salviano, por exemplo, assegurava a posse contra o *colonas,* porém não firmado na posse: a posse era fim, e não causa. Não se tratava de proteger o direito real de penhor, e sim o direito a que hoje chamamos

"de penhora." Porém, não sendo o fato da posse a causa de pedir (de interdizer, melhor diremos), seria errado falar-se de ação possessória. (Sobre a evolução posterior da *actio in rem Salviana* Lenel, *Das* Edictum perpetuum, 2ª ed.,470 s., M. Fehr, *Beítràge,* 136.) O *bonorum possessor,* que não tinha as ações herdadas do defunto, nem a de petição de herança, à medida que se assemelhou ao herdeiro, teve meios processuais que o protegessem. O mais velho foi o interdito *quorum bonoram,* para obter a posse das coisas herdadas. Assim, entre outras vantagens, adquiria a de ser réu, na ação de petição de herança, e a de usucapír *pro herede.* O interdito atacava, pois, a posse de outrem. Nada tinha de possessório. Antipossessório seria ele, em vez de possessório. Tipicamente petitório. Posteriormente, Adriano estabeleceu a missio *in possessionem scripti heredis,* para assegurar o pagamento do imposto; e o remédio jurídico permaneceu, depois de extinto por Justiniano o tributo. Também essa *missio* era petitória. Porque o interdito *quorum bonorum* não podia ser exercido contra pretensos legatários, criou-se o interdito *qaod legatoram* (cf. O. Lenel, *Das* Edictum perpetuum, 2ª ed., 436).

As *missiones in possessionem,* as missões ou imissões de posse, nunca foram ações possessórias, porque não eram efeito da posse as pretensões, a que serviam, — não se baseavam na posse. Com a adoção da saisina (Alvará de 9

de novembro de 1754, Assento de 16 de fevereiro de 1786, Código Civil, art. 1.572, nosso *A Saisina no direito brasileiro,* 25 s.) ficou sem razão de aplicação o interdito *adipiscendae possessionis* a favor dos herdeiros. Manuel de Almeida e Sousa *(Tratado dos Interditos,* 43-45) queria que ainda se usasse o interdito *quod Iegatorum;* mas, em verdade, ou o legatário recebeu do testador, por disposição especial, a posse, e então as ações são as possessórias, ou não a recebeu e a ação, que tem, é a de pedir o legado (domínio e posse). Sobre isso, nosso *Tratado dos Testamentos,* III, 469-471. Quanto ao fideicomissário, só recebe ele a posse no momento da entrega dos bens; e a posse, que ele recebe, é a que, pela saisina, recebera o fiduciário (IV, 231). Esse perde ti bem, não só a posse.

A *ação de imissão,* a *missio in possessionem,* é ação executiva. Não há simples *veto,* que parasse, por assim dizer-se, no mandamento; há mais: há o *Immito!* O juiz manda que se execute a sentença mesma, porque só a execução a exaure. Não a exauriria o simples mandamento, como se passa na sentença de manutenção e na sentença proferida no interdito proibitório, ou no mandado de segurança (Lei nº

1.533, de 31 de dezembro de 1951, arts. 1ª-19). As ações de missão na posse são, todas, ações executivas; e executivas são as sentenças que, em tais ações, acolhem o pedido.

Quem tem ou a quem tomaram a posse não pede imissão.

2.

No *direito anterior e no de agora.* A afirmação de que a ação de imissão na posse não existia, em nosso direito, era leviana. Acabara a aplicabilidade da missio *in* possessionem pedida pelos herdeiros; não a missio in possessionem em geral (cp. Ordenação do Livro IV, Título 58, §§ 3 e 4). Sempre que haja direito à posse pede-se posse. Juristas e juizes pecam, muitas vezes, por emitir enunciados *a posteriori* como se fossem princípios *a priori.*

~Que é que se pedia quando cessava a posse direta de outrem? Dai a atitude que tomamos, em 1918 (nota à *Doutrina das* Ações, de Correia Teles, 198), contra Teixeira de Freitas, que riscara do rol das ações as de missão de posse, Antônio Joaquim Ribas *(Da Posse,* 243), Edmundo Lins *(RF* 15/270) e todos os que, nos livros ou nos tribunais, repetiram a eliminatória simplista *(e.q.,* Tribunal de Justiça de São Paulo, 22 de maio de 1925, *RT* 55/ 109). Já alguns Códigos estaduais (Distrito Federal, art. 543; Maranhão, art. 415; Bahia, art. 414; Minas Gerais, art. 691; Pernambuco, art. 571) haviam, antes do Código de Processo Civil de 1939, arts. 381-383, emendado a mão.

Andou errada, porém, a lei unitária de 1939 em incluir no Titulo XIII, relativo às ações possessórias, as ações de imissão na posse, que não são, nem nunca foram possessórias. No direito de agora, as ações de imissão na posse não receberam esse trato nem foram incluidas no Livro IV, pertinente aos procedimentos especiais. Regem-se, pois, pelas regras jurídicas do procedimento comum (Código de 1973, arts. 271 e 272, *pr.).*

Os casos principais de pretensão a obter a posse são: *(a)* a do adquirente do bem, se o alienante ainda não lha entregou (a doutrina tem assente, por exemplo, que o comprador até à transferência, não é possuidor do bem); *(b)* a do administrador nomeado para haver dos antecessores a posse das coisas administradas (o dono do negócio não precisaria disso, — tem posse); *(c)* a do mandatário para haver do mandatário anterior o objeto do mandato; *(d)* a do credor pignoraticio, por substituição de outro, contra essoutro; (e) a do comitente contra o comissário de compras; (1) a do vendedor para

haver a posse da coisa depois de sentença na ação de redibição.

Os praxistas costumavam empregar missão *na posse* e *imissâo na* posse. Aquela expressão é a mais correta e mais rente ao latim. Dela também usou Pereira e Sousa *(Primeiras Linhas,* 1, 9, nota 29).

§ 1.155. A imíssão na posse e os outros institutos

1. *Comparação com os interditos* possessórios. Dizia o art. 381 do Código de Processo Civil: "Compete a ação de imissão na posse: 1 - Aos adquirentes de bens, para haverem a respectiva posse, contra os alienantes ou terceiros, que os detenham. II - Aos administradores e demais representantes das pessoas jurídicas de direito privado, para haverem dos seus antecessores a entrega dos bens pertencentes à pessoa representada. III - Aos mandatários, para receberem dos antecessores a posse dos bens do mandante."

O que dístingue essas ações e as ações possessórias dos arts. 926 e 932 do Código de Prqçesso Civil é que, nas ações do art. 926, se provam a posse *e* a turbação ou a violência, nas do art. 932 a posse e a ameaça, ao passo que, nas ações de imissão na posse, não se tem a posse e, pois, não se há de provar que se tem, nem se tem de alegar (ônus de afirmar), nem, ainda, de provar *(onus probandi)* que houve violência, turbação, ou ameaça. À base está o *direito* ou *pretensão* a ter a posse da coisa.

2.

Conteúdo do art. 381 do Código de Processo *Civil de 1939.* O Código de Processo Civil anterior, tendo apontado três espécies de ações de imissão, suscitava a questão de se saber se *(a)* só existiam essas três espécies, ou *(b)* se eram apenas essas, dentre as existentes, as a que se conferiu o rito que se previa em seus arts. 382 e 383, ou *(c)* se qualquer pretensão à imissão na posse justificava que se usasse o rito dos arts. 382 e 383. A resposta *(a)* implicaria interpretar-se o Código de Processo Civil de então como lei de direito material, o que seria absurdo: as pretensões à imissão na posse nascem, transformam-se e acabam no direito que as gerou, e de ordinário pertencem a ramo não-

processual do direito. Existem muitas pretensões à posse fora das que nos incs. 1, II e III do art. 381 do Código de Processo Civil de 1939 se previam. E às pretensões correspondem ações (Código Civil, art. 75). Qual a forma de processo, que lhes há de competir, é outra questão: se não na têm especial, têm a do rito comum (Código de Processo Civil, art. 271). As duas restantes soluções merecem maior exame, porque são, precisamente, *questões de interpretação da lei processual* e se ligam ao seguinte problema técnico: "Quando a regra processual sobre forma enumera as ações que têm certo rito, Exclui sempre as outras, da mesma denominação e natureza, que não foram enumeradas?" A resposta é negativa: se o dístico do capítulo ou titulo, ou o conceito central do preceito, concerne àforma, havemos de considerar taxativa a regra; se alude à pretensão, de modo nenhum. Não se podia meter no art.

298 do Código de Processo Civil de 1939 pretensão executiva que lá não estivesse, porque a lei restringiu àqueles casos o uso da forma especial ação executiva *stricto sensu* do art. 298 do Código de Processo Civil ("Além das previstas *em lei,* serão *processadas* pela forma executiva"); ao passo que o art. 381 do Código de Processo Civil de 1939 explicitava que competia a "ação" de imissão na posse àquelas pessoas que ele mencionava. O art. 381 do Código de Processo Civil era regra de direito material, inserta, heterotopicamente, no Código. Se, noutros lugares, a atitude invasora do legislador de modo nenhum se justificou, aqui tem explicação histórica. Já o vimos (§ 1.154, 2) e discutimos. Teixeira de Freitas, com o peso todo do seu gênio jurídico, que avulta, ímpar, no século XIX americano, resolveu, na sua edição da *Doutrina das Ações* de Correia Teles (138), suprimi-las do livro, e declarar que as suprimiria ainda por outro motivo que o de não serem possessórias. A nossa discordância foi apenas gota de água. Os Códigos estaduais, com o contacto da realidade, vieram descobrindo as espécies, primeiro as dos incs. 1 e II, depois a do mc. III (Minas Gerais, art. 691, § 39)□ A afirmativa de Antônio Joaquim Ribas *(Da* Posse, 255), *"a missio possessionis* dos Romanos entre nós não existe" (invocando a Ordenação do Livro III, Titulo 15, *pr.),* passou a sofrer outras brechas, no plano processual. No plano do direito material era falsa: sempre houve pretensões à imíssão na posse. Se A transferiu a B, não a propriedade *e* a posse, mas só a posse, *e* B pede para que se lhe dê a posse, — não é de interdito de reintegração (art. 926 do Código de Processo Civil) que se trata, pois independe do ilícito do ato alheio (art. 927, 11-1V, do Código de Processo Civil). As duas pretensões, a de reintegração e a de imissão, de modo nenhum se confundem. O que é preciso notar-se é que as ações de imissão na posse não compreendem as *condictiones* possessionis.

A solução (c) impõe-se; e aos juizes há de recomendar-se o cuidado de revelar, na múltipla legislação de agora, as pretensões e as ações de imissão na posse, para lhes dar o rito que, antes o *especial* sob o Código de 1939, arts. 382

e 383, é agora o *comum,* ordinário ou sumário, a que se referm os arts. 271 e 272, *pr,* do Código de Processo Civil. O

art. 381 do Código de Processo Civil de 1939, de direito processual, era *exemplificatiuo.* Cabia o rito sempre que houvesse *direito* ou *pretensão* a obter posse.

3.

Natureza da ação. A ação de imissão na posse, quaisquer que sejam os casos de missio *in possessionem,* é executiva *lato sensu,* diferenciando-se da ação de execução por coisa certa (art. 625 do Código de Processo Civil) somente em que o título executivo, nessa, pode ser *sentença* passada em julgado (cp., no direito anterior, os arts. 382 e 993 do Código de Processo Civil de 1939): o réu da ação cognitiva de imissão na posse *contesta* e o dos arts. 621 e 737, II, do Código de Processo Civil *embarga;* tem esse de segurar o juízo segundo o art. 737, II. Conseqíiência: haver ponto da sentença dos arts. 62 1-628 do Código de Processo Civil com força material de coisa julgada é excepcional; ao passo que, se há contestação, a sentença na ação de imissão na posse é de declaração e *execução.*

Como sentença declarativa, parece-se com a ação declaratória da autenticidade ou falsidade de documento, se bem que mais larga ("nulidade manifesta", portanto nulidade por defeito de forma, de capacidade, ou por ilicitude). Como sentença executiva, distingue-se das sentenças nos casos de cognição incompleta (art. 585 do Código de Processo Civil), porque nesses é essencial a adiada completitude da cognição: contestada a ação, nenhuma tomada transitória da posse se opera; e nenhuma execução se adiantou, que precisasse de cognição incompleta.

Se a ação não foi contestada, os autos são conclusos e o juiz ordena a expedição do *mandado de imissão na* posse, se, pela incidência do art. 273, não antecipara essa prestação jurisdicional de força executiva. Tal resolução judicial é sentença, se bem que o art. 382, parágrafo único, do Código de Processo Civil de 1939, não no dissesse.

Diversamente do que ocorre no direito atual, em que não há esta limitação, se contra o executado senso *latu,* a matéria da contestação era *parcial,* ainda mais restrita do que noutras ações executivas de cognição incompleta (art. 383, parágrafo único, do Código de Processo Civil de 1939). Não havendo contestação, a cogníção é completa, pela preclusão da pretensão processual a afirmar o contrário. Não se pense, absolutamente, em *ficta confessio.*

Não é exceção nem defesa contra ação de imissão o estar abandonado o bem por algum dos legitimados passivos (5C Câmara do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, a 10 de maio de 1940, *Ad* 56/350).

Se o réu não contesta, mas o juiz não se satisfaz com a prova, "pode" deixar de ordenar se expeça o mandado: o rito écomum, ordinário ou sumário.

§ 1.156. Legitimação ativa

1. *Adqu frentes de bens, sem* posse. Os adquirentes dos bens, apresentando o título do domínio, — excluidos os sucessores em virtude da saisina (Código Civil, art. 1.572), porque fora reviver-se o interdito *adipiscendae possession is,* supérfluo em tais casos, mas incluídos aqueles a quem se fez a entrega do legado sem se transmitir a posse, —

podem pedir a imissão na posse: *a)* se a Posse não lhe passou com a aquisição, tal como ocorre ao arrematante estranho á execução (2ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 15 de julho de 1941, RT 133/119; 39 Câmara, 11 de março de 1942, 140/121), — *aliter,* a ação teria de ser alguma dos arts. 926 e 932 do Código de Processo Civil; *b)* se não está em mora de receber a posse; *c)* se o réu não tem *outro* direito à posse (locação, mandato, depósito etc.) que se oponha ao petitório da posse (se pede a imissão para exercício de direitos de proprietário baseado na relação de locação, e.g., Código Civil, art. 1.205, a posse direta do locatário não é obstáculo). Pode ser útil ao autor pedir somente a posse indireta, se essa está separada da propriedade *(aliter,* a ação é uma das ações do art. 926 ou a do art. 932 do Código de Processo Civil). Para que o pedido abranja a posse indireta e a direta, é preciso que o possuidor direto (imediato) já não tenha *direito* a ela.

A ação de despejo (Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991, mis. 59, 59-66), que também é executiva *lato* sensu, parece-se com as ações de imissão na posse, se bem que aquela suponha "a falta de pagamento ou outro fundamento semelhante", e tenha como finalidade necessária a restituição da posse (o elemento de condenação vem na primeira plana, com o pedido de sentença executiva). *Aliter* quanto à ação de depósito (arts. 901-906; veja *Comentários,* nota 10) ao art. 902, 1, do Código de Processo Civil).

A ação dirige-se contra o alienante ou o terceiro que tenha posse oriunda do alienante (cedo, a P CMiara do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 11 de agosto de 1941, 1W 88/446). Se nenhuma derivação existe entre os tenedores atuais e o alienante, a ação não é própria. Se são possuidores diretos, só se justifica a ação para o reconhecimento da posse indireta. (Diante das regras jurídicas de direito emergencial, e.g., Decreto-Lei nº 9.669, de 29

de agosto de 1946, art. 16, e Lei nº 1.300, de 28 de dezembro de 1950, art. 14, tinha-se dito que o art. 381, 1, do Código de 1939, ficara prejudicado, em parte, porque o adquirente não teria a ação de imissão para haver a posse do prédio. Sem razao:

estamos no plano do direito processual; se há locação, por força do art. 1.197 do Código Civil ou de regra jurídica emergencial, hoje a da Lei nº 8.345, art. 8ª, há posse imediata do locatário.) A legitimação passiva do terceiro é, pois, dependente da ligação ao titulo.

Se houve venda de imóvel e acordo de transmissão, é preciso que se siga tomada de posse, ou tradição *brevi manu,* ou *longa manu,* ou constituto possessório, para que a posse se transfira: um perde posse, outro toma posse. Se não há a *brevis manus,* ou a *longa manus,* nem a tradição simples, nem o constituto possessório, dá-se — a despeito do acordo de transmissão — a *vacua possessio* (cf. Papiniano, na L. 18, D., *de vi et de vi armata,* 43, 16), porque o acordo permitiu ao adquirente entrar na posse (in *vacuam possessionem ire)*.

Se o possuidor, ou tenedor do bem, ou o próprio vendedor impede que o adquirente entre na posse, o caminho que ele tem é o da ação de missão de posse (explícitamente, regrava o anterior Código de Processo Civil, art. 381, 1: "Aos adquirentes de bens, para haverem a respectiva posse, contra os alienantes ou terceiros, que os detenham".). Até se dar a imissão, o ato do possuidor ou tenedor que impede a posse pelo adquirente, é contra a posse do vendedor, que

tem o interdito, e não contra a posse do comprador, que, *ex hypothesi,* ainda não tem a posse. Mas Papiniano, que fala de *vacua possess lo,* não via perdida a posse do vendedor antes, o que lhe obscurecia o pensamento. As passagens revelavam princípio geral, e não se haviam de interpretar como só referentes ao arrendamento (cf. O. Wendt, Das Faustrecht, *JahrbBcher fOr die Doqmatik,* 21, 232, contra L. Schmidt, *Úber das possessorische Rlagrecht des juristiscben Besítzers gegen seinen Reprdsentanten,* 1 s.). Se o vendedor perdeu a posse, ou se não a perdeu, é questão de fato, que pode ser resolvida afirmativa ou negativamente, a despeito do acordo de transferência. Entende-se que o adquirente adquiriu e, pois, o alienante perdeu a posse se o adquirente está em situação (fática) de poder assumi-la quando queira.

Se a coisa já está sujeita ao eventual poder fático de outrem, a obtenção do poder fático sobre ela elimina o poder fático preexistente. Tal eliminação já é conseqüência da obtenção, motu *proprio,* pelo outorgado, razão por que pode ocorrer ainda que o outorgante não queira. As fontes romanas, respeito à posse de bens móveis, empregam *tradere rem* como *tradere possessionem;*

quanto aos bens imóveis, a tradição da March (*Vacuae possessionis traditio,* 71 s.) que a *vacuae possessionem.* Surge, por vezes, *tradere vacuam possessionem, inducere in vacuam possessionem.* Pretendeu provar 1(. Esmarch *(Vacuae possessiones traditio,* 71 s.) que a *vacuae possessionis traditio* significava o acordo tendente à deixação da posse, pelo qual se transferia ao outorgado a posse como objeto patrimonial, e não como tença, donde adquirir ele o dirdto de uso *e* o fruto da coisa, o de apoderar-se, unilateralmente, da coisa e outros efeitos jurídicos (posição de réu, legitimação à execução de caução, tutela interdital em relação ao tradente). Contra ele, manifestaram-se O. Wendt (Das Faustrecht, 21, 233), e L. Pininski *(Der Tatbestand des Eesitzerwerbs,* 1, 309 mas em parte acorde, H. Brunner *(Zur Rechtsgeschichte,* 1, 119, nota 3). Em verdade, o acordo de transferência tem os efeitos como acordo, precisando, porém, que o outorgado possa obter o poder fático. Obtém-no, por exemplo, pondo fora os tenedores sem posse, ou notificando ao possuidor imediato de que a posse mediata lhe foi transferida, ou ao possuidor imediato e ao mediato de grau inferior ou àquele e aos possuidores mediatos de graus inferiores de que lhe foi transferida a posse mediata de grau superior.

O alienante do imóvel não perde a posse, que foi transferida em acordo de transferência, enquanto há obstáculo da sua parte ou da parte de algum possuidor de grau inferior a que o outorgado assuma o poder. Essa é a razão por que há .q imissão na posse a favor de tal outorgado contra o outorgante e os que se opóem, e ainda não a tutela possessória.

Se, porém, houve momento em que o poder fático podia ser assumido e ser exercido, todo ato posterior é ofensa á posse, como se o alienante entregou as chaves e, no intervalo entre a entrega das chaves e a chegada do outorgado, mudou ou mandou mudar pelo locatário a fechadura, ou de seu arbítrio a mudou o locatário.

Tudo isso tem grande relevância para se saber se o adquirente há de propor ação possessória, com a possibilidade de invocar o art. 502, ou se somente lhe assiste a ação de imissão na posse. Se houve *longa manu traditio, é* de afastar-se a ação de missão: a ofensa foi à posse.

2.

Administradores. Administradores, diretores, com direito e dever de posse, representantes, que não sejam somente para atos exteriores aos estabelecimentos (excluído, portanto, o que somente éprocurador judicial, ou procurador para recebimento de contas etc.). Pessoas jurídicas de direito privado, — não o administrador ou o representante" da sociedade irregular contra algum dos membros dela, mas sim o administrador ou o representante dos membros dela contra o antecessor na administração ou representação. O administrador ou representante das fundações, das sociedades em que o Estado seja acionista ou nomeie algum diretor, se não perdeu o caráter de fundação ou sociedade de direito privado, têm a ação de imissão na posse. Contra o novo administrador ou representante nomeado pelo governo cabe a ação contra o antecessor, a despeito da fonte da posse.

Cumpre observar-se que os órgãos das pessoas jurídicas somente pedem imissão da pessoa jurídica em bens de que tem ela o direito à posse. Não pedem imissão na posse imediata a eles, porque não são possuidores de tais bens.

A ação, que podem propor, é de *imissão na tença.* Se o que foi órgão da pessoa jurídica se recusa a entregar ao novo órgão a coisa de que tem a tenção, está a mudar a *causa detentionis;* foi tenedor, continua tenedor; *e* quer-se fazer possuidor. Contra tal ex-órgão tem a pessoa jurídica, por seu órgão, a ação de esbulho, ou o interdito proibitório. E

terceiro, que esbulha ou ameaça de esbulhar a posse da pessoa jurídica, de que fora órgão. (Adiante, nº 10.) 3.

Mandatário. A ação é restrita ao mandatário com direito àposse direta contra o ex-mandatário com posse direta. Pode ser exercida contra o ex-mandatário, ou outro possuidor direto, que a tenha havido do mandatário antecessor do novo. O réu usará da *nominatio auctoris (arts.* 62-69 do Código de Processo Civil), assaz importante em tais casos. *(a)* Não toca ao mandante contra o mandatário, *(b)* nem ao mandatário contra o mandante. (c) Também não é legitimado passivo o terceiro. Nos casos de *(a), (b)* e (c) são as ações possessórias (arts. 926 e 932 do Código de Processo Civil) que têm de ser usadas.

Se o réu alega direito de retenção (Código Civil, art. 1.315) e o prova, a sentença é com ressalva, para que o autor pague, antes, o que o mandatário desembolsou no desempenho do mandato. O juiz não pode, só por isso, negar a imissão; dá-lha, com a ressalva.

§ 1.157. Procedimento imissivo

1.

Propositura. Dizia o art. 382 do Código de Processo Civil de 1939: "Na inicial, instruída com o titulo de domínio, ou com os documentos de nomeação, ou eleição, do representante da pessoa jurídica, ou da constituição do novo mandatário, o autor pedirá que o réu seja citado para, no prazo de dez dias, contados da data da citação, demitir de si a posse dos bens, ou apresentar contestação, sob pena de, à sua revelia, expedir-se mandado de imissão na posse, sem prejuízo das perdas e danos que em execução se liquidarem." Parágrafo único: „Se a ação não for contestada, se-rão os autos conclusos ao juiz, que poderá. desde logo, ordenar a expedição do mandado de imissão na posse. E o art.

383 do mesmo Código: "Oferecida a contestação, a causa tomará o curso ordinário." Parágrafo único: "Salvo quando intentado o processo contra terceiro, a contestação versará somente sobre nulidade manifesta do documento produzido.

O titulo de domínio concerne à espécie dos adquirentes de bens, para

a imissão na sua posse, ainda com os alienantes. Os documentos de nomeação, às duas outras espécies, a que no Código de 1939, o art. 381, II e III, expressamente se referia. Dispensa-se a produção inicial dessa prova documental quando existentes em notas, registros, repartições ou estabelecimentos públicos e houver óbice ou demora na extração de cópia, ou quando estiverem em poder do próprio legitimado passivo (arg. ao art. 159 do Código de Processo Civil de 1939). Tais documentos provam, de inicio, o direito à posse, ou só a posse direta. Os arts. 396-399 do Código de Processo Civil são aplicáveis. Em vez do original, podem ser produzidos certidões ou cópias, extratos ou públicas-formas, que hajam obedecido ao art. 399, I e II, e parágrafo único, do Código de Processo Civil. Os preceitos das leis civis ou das leis comerciais são estranhos ao assunto, que é de prova no processo, salvo quando para se provar a pretensão de direito material.

2.

Alternativa. A imissão na posse tomou, na lei unitária de 1939, caráter de alternativa, "contestar ou demitir-se da posse. "Sob pena", dizia o art. 382 do Código de Processo Civil, — o que levaria a pensar-se, desde logo, em cominatória, sendo a imíssão consequência do desatendimento. Então, em virtude da omissão de atender ao chamado judicial é que se decretaria a imissão. No entanto, essa não era a construção: a falta de contestação, apenas tinha, no art. 382 do Código de Processo Civil anterior, as consequências da preclusão, uma das quais estava no art. 209 do Código de Processo Civil de 1939 (não-negação), tanto assim que o juiz devia, conclusos os autos, proferir a sentença, na qual, examinando o caso no estado em que estavam os autos, sem prejuízo dos arts. 117, 118 e 115 do Código de Processo Civil de então, "poderia" o juiz ordenar a expedição do mandado.

3.

Perdas e danos. Se foram pedidas perdas e danos, tem o juiz de decidir sobre elas. Como, porém, já se precipitou o curso do processo, saltando-se até a sentença, pela abstenção *precludente* do réu, permite a lei que se liquidem na execução, isto é, na ação *de* execução de sentença (arts. 603-611 do Código de Processo Civil). Para isso, é preciso que a sentença, que imite na posse o autor, também o condene às perdas *e* danos, embora iliquidamente. A cognição do pedido de

indenização é indispensável, para servir de *título executivo.* Se a sentença não condenou, titulo executivo não existe, e não se pode proceder na forma dos arts. 603 *(verbis* "Procede-se à liquidação, quando a sentença não determinar o valor da condenação"), e 604-611 do Código de Processo Civil. Ter-se-á de intentar a ação de condenação (para haver perdas e danos), a fim de se obter o título executivo, que a sentença, *ex hypothesi,* não produziu (efeito executivo, que seria, da sentença de condenação).

4.

Liquidação de perdas e danos na execução. "Sem prejuízo" (Código de 1939, art. 382, pr) estava em vez de:

"tal imissão antecipada não obsta a que, *(a)* estando provadas *in limine* as perdas e danos, condene o juiz, desde logo, o réu a pagar as que se liquidarem na execução; ou (14, se estão alegadas, porém não foram provadas, se prossiga, a despeito da saída do mandado de imissão, observados os, do Código de 1939, arts. 293-297, 264-272, provavelmente só até o art. 266, li, do Código de Processo Civil anterior; ou *(c),* se o autor o requerer (art. 181, cp. art. 206 do Código de Processo Civil de 1939), se deixe a outra ação de condenação a cognição da pretensão a perdas e danos.

Os princípios, *mutatis mutandis* (Código de 1973, arts. 264, 267, VIII, c.c. 158, parágrafo único, 267, § 4Q, 269, III, 323- 328, 331, 450-457, e.g.) são os mesmos.

Por vezes aludimos, alhures, às sentenças de condenação *mutiladas* ou *amputadas,* em que se condena quanto ao *an debeatur,* à *iniuria,* à *culpa,* e se deixam fora da sentença o *damnum* e o *quantum debeatur.* Aqui, é a lei mesma que deixa toda a liberdade ao autor (não ao juiz) no separar os elementos fáticos da condenação. De modo que prevalece o princípio de ser o autor quem *marca* os limites do seu peso. O juiz continua adstrito ao princípio *Tantum iudicatum quantum disputatum.* Se o infringe, mutila, amputa a condenação. O art. 382 do Código de Processo Civil não o autorizava a infringir o principio.

5.

Conteúdo do art, 382, parágrafo único, do Código de Processo Civil de 1939 . O preceito do art. 382, parágrafo único, do Código de Processo Civil só se referia ao pedido de imissão; não ao de perdas e danos. Acima, nºs.

3 e 4. Se o processo prosseguia, quanto às perdas e danos segundo a observação *(b)* ao nº 4, *partiam-se* o pedido e o processo respectivo: o pedido de imissão era julgado desde logo e da decisão cabia recurso de apelação (art. 820 do.

anterior Código de Processo Civil), restrita ao ponto julgado; da sentença sobre as perdas e danos, também (art. 820 do Código de Processo Civil de 1939). Não havia duas apelações, o que seria contra os princípios; havia duas ações automaticamente, em vez de provocadamente (art. 116 do Código de Processo Civil de 1939) separadas. Os dois processos reunidos tiveram sorte diferente, tendo um chegado a seu termo e o outro continuado, por lhe faltar a substanciação. Esse fato é frequente nos casos de acumulação objetiva (K. Hellwig, *Lehrbuch,* 1, 271). Se fosse provado o dolo ou culpa do réu nas perdas e danos, àsentença do art. 382, *in une,* e § 2ª do Código de Processo Civil de 1939, era permitido condenar o réu ao pagamento dos honorários da parte contrária (art. 64 do Código de Processo Civil de 1939); *a fortiori, à* sentença do art. 383 do Código de Processo Civil de 1939. Sobre se, tendo omitido a condenação e passado em julgado formalmente, seriam liquidáveis na execução, — nota 4) ao art. 64 nos *Comentários ao* Código de Processo *Civil* de 1939.

6.

Curso ordinário. Sob o Código de 1973, a causa tem o rito comum (art. 271), podanto ordinário ou sumário (art. 272, *pn),* e pode operar-se a antecipação da prestação jurisdicional, total ou parcialmente, por meio de decisão, agravável, quanto ao pedido de execução, quanto ao pedido de condenação, quanto a ambos, preenchidos os pressupostos que traça o art. 273. No direito anterior a causa tomava curso ordinário: *(a)* quanto aos dois pedidos, de imissão e de perdas e danos, se os havia, uma vez que o réu contestou (art. 383 do anterior Código de Processo Civil); *(b)* quanto ao pedido de perdas e danos na espécie *(b)* do nº 4. Não se podia condenar nas perdas e danos desde logo, e não imitir, de modo que não havia essoutro caso de perdas e danos. Não impedia isso, que, tendo havido o processo ordinário, o juiz pudesse condenar a perdas *e* danos e não à imissão, pela mudança

de circunstâncias durante o processo (morte do autor ou outra causa de terminação da legitimação ativa à imissão, perecimento do objeto da posse etc.). Os arts. 293-297 e 263-272 do Código de Processo Civil de 1939 eram aplicáveis. Qualquer sentença definitiva, antes da audiência do julgamento, era nula (2ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 16 de julho de 1940, *RT* 127/137), uma vez se instaurou a ordinariedade do processo. Se o juiz não entendia satisfatória a cognição, no caso de não-contestação, (c) era ordinário o rito para ambas as ações.

7.

Terceiro e imissão *na posse.* A ação de imissão na posse contra terceiro, que tem posse manutenível, é ação impropriamente proposta, de modo que a defesa do possuidor terceiro é a defesa possessória. A alegação da impropriedade da ação é uma delas (aliás, ilegitimidade da parte, art. 267, VI, 2ª parte, do Código de Processo Civil).

Os terceiros a que se referia o art. 381, 1, do Código de 1939, são os que têm posse oriunda do alienante.

É vaga a referência ao *terceiro,* e aí está um dos mais delicados problemas de direito processual. A figura desse *tertius* vai do terceiro que se opóe no sentido dos arts. 56-6 1 do Código de Processo Civil até o terceiro que não mais é *tertius,* porque éparte e tem de sujeitar-se à execução imissiva. Esse pode ser o sucessor a titulo universal ou ? íngular, que talvez use do que lhe permite o art. 70, 1, do Código de Processo Civil, se foi citado como réu, ou, se está na situação do art. 62 do Código de Processo Civil, nomeie alguém à autoria. Pode ser o que adquiriu a *coisa litigiosa,* pois essa aquisição vale, porém é *ineficaz* contra a parte contrária ao alienante, até que esse vença, se vencer e passar em julgado a sentença. Vê-se bem que a frase do art. 383, parágrafo único, do Código de Processo Civil anterior,

“salvo quando intentado o processo contra o terceiro”, não implicava tratamento *igual* de todos os terceiros, nem excluia as espécies em que o terceiro não era *tertius* processual, mas *parte,* e, pois, se sujeitava, como o réu, à execução. Naturalmente, o terceiro que pode “contestar” é o terceiro-parte; se foi posto como parte sem no ser, opõe a sua exceção de ilegitimidade de parte (art. 267, VI, 2a parte, do Código de Processo Civil) cumulada à contestação.

Fora daí, há de vir com a ação adequada, de oposição (arts. 56-61 do Código de Processo Civil), ou de embargos de terceiro (arts. 1.046-1.054 do Código de Processo Civil). Tem de proceder conforme foi tratado pelo autor, pedindo que se repila o tratamento que se lhe deu, se inadequado. Veja-se o que se disse nos Comentários, notas aos arts.

1.046-1.054 do Código de Processo Civil.

8.

Alegação de ineficácia do título. A defesa tem de consistir nas afirmações sobre a ineficácia do titulo.

Naturalmente, o réu pode discutir a existência e extensão do direito do autor à posse ou àposse direta, inclusive no tempo e no espaço. A própria eficácia do título pode ser atacada. Não só quanto à forma; também quanto ao fundo. A natureza executiva lato *sensu* da ação de imissão na posse, conforme se mostrou no § 1.155, 3, sugeriu a Manuel de Almeida e Sousa *(Tratado dos Interditos,* 47) que recorresse ao *Tractatus de Executionibus* de Silvestre Gomes de Morais (Livro 1, Cap. 4, nº 8). Abrindo-o (1, 99), lá se encontra o caso de ingresso na posse do penhor, *propria auctorita te,* e se faz claro que o débito deve ser "líquido." O "manifesto" do art. 383, parágrafo único, do Código de Processo Civil de 1939, criou a dúvida, que essas expressões ambiguas, equivocas, desaconselháveis, em lei, por não serem técnicas ("liquidez", "certeza", „manifesta" etc.), sempre criam.

"Nulidade manifesta", expressão que a técnica legislativa pusera no Código de 1939, art. 383, parágrafo único, é toda invalidade absoluta (e.g., Código Civil, art. 145), pronunciável de oficio. Toda defesa que somente consista em questão de direito tem de ser atendida (Código de Processo Civil, art. 126, 1) parte). As anulabilidades têm de ser apreciadas em processo próprio, porque aí não é a imissão que está em causa, — é o negócio juridico, em seus defeitos. A sentença, então, será condenatória, e não declaratória *e* executiva. Quanto à indenização, que foi paga, fez coisa julgada material a sentença condenatória e a anulabilidade do título (ou resolubilidade) não autorizava o réu a não dar a posse (Código Civil, art. 152); mas, pronunciada a anulação, a sentença prof erida na ação de indenização, admista à de imissão, não deixa de impor a sua força material de coisa julgada. O direito não tem solução direta contra isso, como não tem para o desrespeito da sentença (nacional) contra os bons costumes,

fora da ação resci sória. O mais impodante estudo da matéria é o de P. Oertmann (Ausbeutung der Rechtskraft, *Archiu for Biirgerliches Recht,* 42, 1-27). No mesmo sentido, em geral, do que afirmamos, 1(. Hellwig *(Svstem,* 1, 784), E Hamburger *(Die Ausbeutung de Rechtskraft,* 15), Wurzer (Ungerechtfertigte Durchbrechung der Rechtskraft, *(Jherings cJahrbúcher,* 65, 419). Sem razão, os que pensam em nova ação de indenização proposta pelo réu da outra (R. Graszynski, *Rechtskraft,* 29 s.). Ou em *exceptio doli,* na execução. No direito brasileiro, só pleito de má-fé pode valer ao réu vitorioso na ação de anulação do negócio jurídico (e.g., sob o direito anterior, a aquisição e a nomeação, art. 381, 1, e II *e* III, do Código de Processo Civil de 1939), ou de resolução, resilição ou rescisão do contrato. Mas, então, é preciso que concorram os pressupostos dos arts. 16 *e* 17, 1-VI, do Código de Processo Civil. Ou a ação rescisória da sentença.

Diversamente do Código de 1973, arts. 300 e 301, o art. 383, parágrafo único, do Código de Processo Civil de 1939, excluia outras alegações do réu, porém deviam os juizes ter todo o cuidado em não repelir como inepta a contestação que não o era. A expedição imediata do mnºndado, a que se referia o art. 382 do Código de Processo Civil, só era possível se não *houvesse* contestação; *aliter,* sob o Código de Processo Civil atual, art. 273. Um tanto vago o acórdão da 3ª Câmara do Tribunal de Apelação do Rio Grande do Sul, de 22 de maio de 1941 *(RF* 88/219).

9.

Exceções, inclusive de retenção. Escusado é dizer-se que o réu pode alegar qualquer exceção processual e o direito de retenção (assim, o antigo Código de Processo Civil de Pernambuco, art. 575, *c).* O Código de Minas Gerais, art. 695, falava de "notória injustiça", o que estabelecia ainda maior confusão. Do sistema do art. 383, parágrafo único, do Código de Processo Civil de 1939, resultava limitação processual, — defesa quanto ao exercício da pretensão a meter-se na posse, porém não-defesa contra a pretensão mesma, que é de direito material. Conseqüências práticas; *(a)* Se *o* autor *discutia* a parte da contestação relativa à matéria estranha à nulidade do título, a ação está dilatada pelo réu e pelo autor, e a sentença, que decidia o assunto, não era *extra petita.* B) O autor mesmo, na petição inicial, podia ter pedido a imissão e feito afirmações sobre a não-nulidade ou a não-resolução ou a não-resilição do contrato, e então cumulava a ação do art. 381 do Código de Processo Civil anterior e a declaratória

negativa do art. 49, 1, do Código de Processo Civil, então art. 2ª, parágrafo único. A sentença tinha de decidir uma *e* outra questão, não tendo pedinência o art. 383, parágrafo único, do Código de Processo Civil da época. *(c)* Se o réu propunha a ação contra o autor, conexa à do autor, como era, — podia pedir que se juntassem (Código de Processo Civil de 1939, art. 115).

10.

Imissão na tença. Pode dar-se que o legitimado passivo na ação de imissão na posse haja passado a outrem posse inferior, ou a tença, ou que as funções do substituído e as do substituinte não sejam de caráter possessório. O

servidor da posse *e* o órgão da pessoa jurídica não possuem, — aquele serve, esse é órgão, por definição. Se houve aquela atribuição de posse inferior, aquele contra quem se exerce a ação, sendo o atribuinte, tem de providenciar para a satisfação da sentença; sendo o que recebeu a posse inferior, ou a tença, tem de nomear à autoria aquele de quem houve a posse, ou a tença (Código de Processo Civil, art. 62). E a *nominatio auctoris.* Nas espécies do servidor da posse e do órgão das pessoas jurídicas, não se dá o mesmo: a ação que hão *de* propor aqueles que os substituem no serviço da posse, ou na função de órgão, é similar à de imissão na posse e há de seguir as mesmas regras processuais,

— é a ação de imissão na tença *(immissio detentionis)*.

A imissão na tença pode consumar-se — e é de esperar que tal se dê — no momento processual referido pelo anterior Código de Processo Civil, art. 382, *verbis* "demitir de si a posse." Se não ocorre tal demissão, prossegue o processo imitivo, como prossegue se a imíssão na tença se efetivou por força de decisão que antecipou a prestação da tutela jurisdicional executiva. No art. 382 do Código de Processo Civil de 1939 falou-se de "eleição" do representante, mas é de entender-se que se contêm no conceito o representante e o órgão. É vulgar o erro de se identificarem representante e órgão (veja Tomo 1, §§ 75, 3 e 5, 83, 6 e 7, 91, 94-98; Tomo III, §§ 308, 1, 323, 1 e 3).